

دار الشروق

الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي يونس

الجرائم

في الفقه الإسلامي

دراسة فقهية مقارنة

الطبعة الخامسة

مَزِيدَة

١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م

الطبعة السادسة

١٤٠٩ هـ - ١٩٨٨ م

جميع حقوق الطبع محفوظة

© دار الشروق

القاهرة ١٦ شارع حواد حسي - هاتف ٣٩٣٤٥٧٨ - ٣٩٣٤٨١٤

بروكسل - بلجيكا ١٠١٦٤ - ١٠١٦٥

٨١٧٢١٣ - ٨١٧٧٦٥ - ٣١٥٨٥٩ - ٨٠٦٤ - ٨٠٦٥

بروكسل - بلجيكا ٢٩١٧٥ L.R - ٢٩١٧٦

الجرائم في الزفة الإسلامية دراسة مقارنة

الدكتور
أحمد فتحي يهنسي

دار الشروق

اِهْدَاء

إِلَى كُلِّ مَنْ يَقْتَنِعُ بِفِكْرَةٍ فَيَدْعُو إِلَيْهَا
وَيَعْمَلُ عَلَى تَحْقِيقِهَا ، لَا يَقْصِدُ بِهَا إِلَّا
وَجْهَ اللَّهِ وَمَنْفَعَةَ النَّاسِ فِي كُلِّ زَمَانٍ وَمَكَانٍ
أَهْدِي هَذَا الْكِتَابَ

أحمد فتحي بن سراج

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

أنزل الله تعالى القرآن على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم - كتاب عقائد ومعاملات - ووصل إلينا عنه بالتواتر فلم تكن كلمة من كلماته محل شك في ورودها أو ريبة في نزولها . أو تناقض مع غيرها .

وظل محفوظاً في الصدور حتى قبض الله له من كتبه في الصحف فوصل إلينا ، ولا خلاف في آية من آياته أو سورة من سورته ، وهذا من ضمن أسرار إعجازه .

ولكن دلالة القرآن على الأحكام في غالب الأمر كانت بوجه عام . كما أن دلالة نصوصه عليها قد تكون قطعية : لا تحتل إلا تفسيراً واحداً ، وقد تكون ظنية : تحتل أكثر من تفسير . فقام النبي صلى الله عليه وسلم ووضح المبهم وفسر الغامض بوحي من لدنه تعالى .

وقد أقر الله في كثير من الأحوال ما صدر عن نبيه من أفعال أو أقوال أو تقرير .

وفي أحوال أخرى عاتب الله رسوله عتاباً رقيقاً أحياناً وشديداً في أحيان أخرى .

ونستطيع أن نضرب مثلاً لذلك بإذنه عليه السلام لبعض المناقشين ، في التخلف عن الذهاب لغزوة تبوك . فنزل قوله تعالى : « عفا الله عنك ، لم أذن لهم » .

وكما حدث عندما أسر المسلمون يوم بدر كثيراً من المشركين ، واستشار الرسول أبا بكر وعمر وعلياً فيما يصنع بالأسرى . فقال أبو بكر : يانبي الله هؤلاء بنو العم والعشيرة والإخوان ، أرى أن نأخذ منهم الفدية فيكون

ما أخذنا منهم قوة لنا على الكفار وعسى الله أن يهديهم فيكونوا لنا عضداً .
وقال عمر : والله ما أرى ما رأى أبو بكر ولكنى أرى أن تمكنى من فلان :
قريب لعمر ، فأضرب عنقه وتمكن علياً من عقيل وهو أخوه فيضرب
عنقه ، وتمكن حمزة من فلان أخيه فيضرب عنقه حتى يعلم الله أنه ليست
في قلوبنا هودة للمشركين ، هؤلاء صناديدهم وأئمتهم وقادتهم .

وقد هوى الرسول رأى أبى بكر . فنزلت الآيتان :
« ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يشخن فى الأرض ، تريدون
عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق
لمسكم فيما أخذتم (١) عذاب عظيم » .

* * *

كما أن الخلفاء الراشدين بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم كانوا
لأذلم يجدوا شيئاً فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله اجتهدوا رأيهم مع الحرج
الشديد مخافة الخطأ . فهذا هو أبى بكر الصديق يقول : هذا رأيى فإن يكن
صواباً فمن الله وإن يكن خطأً فبى وأستغفر الله .

ولأن النصوص عامة ، والأفهام تتنوع فى المسألة الواحدة ، فقد
حصل خلاف بين الخلفاء الراشدين أنفسهم .

فعندما صارت الخلافة إلى عمر بن الخطاب وأفاء الله على المسلمين المال
الكثير فى الفتوحات العديدة ، عدل عما كان يسير عليه أبو بكر الصديق من
توزيع الأعطيات بالمساواة . وكان يقول فى ذلك ما أذا فيه إلا كأحدكم . ولكننا
على منازلنا من كتاب الله عز وجل وقسمتُنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم
فالرجل وتيلاده (٢) فى الإسلام ، والرجل وغتناؤه (٣) فى الإسلام ،

(١) من الفداء .

(٢) تلاده : أنفسيته .

(٣) عناؤه : فائدته .

والرجل وحاجته في الإسلام.. ففضل عمر البعض على البعض في الأعطيات .
بل إن الخلاف في الرأي تعدى ذلك بكثير :
لما يقول الله تعالى في سورة التوبة :

«إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل ، فريضة من الله ، والله عليم حكيم » .
وقد طبق الرسول هذا النص طوال حياته فكان يعطي هؤلاء المؤلفة قلوبهم ؛ أى يتألف قلوبهم على الإسلام ويعطيهم جزءاً من الصدقات ولو أنهم ليسوا مسلمين .

وقضى أبو بكر الصديق جزءاً من خلافته على ذلك إلى أن جاءه عيينة ابن حصن والأقرع بن حابس فقالا له يا خليفة رسول الله، إن عندنا أرضاً سبخة ليس فيها كلاً ولا منفعة فإن رأيت أن تعطيناها ؟ فأقطعها إياهما وكتب لهما عليها كتاباً وأشهد - وليس في القوم عمر - فانطلقا إلى عمر ليشهد لهما . فلما سمع ما في الكتاب تناوله من أيديهما . ثم نفل فيه فحاه . فتلعرا وقالوا مقالة سيئة . فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتألفكم والإسلام يومئذ قليل . أما اليوم فقد أعز الله الإسلام وأغنى عنكم ، فإن نيتهم على الإسلام ولأفبيننا وبينكم السيف^(١) .

وفعل عمر بحقق ما قصد إليه الله ورسوله من إعزاز للمسلمين ، فقد فهم أن في المنع عنهم عزة المسلمين أو أن عزة المسلمين قد تحققت فتمنع عنهم .
وقد قال القاضي ابن العربي في المؤلفة قلوبهم :

« وقد قطعهم عمر لما رأى من إعزاز الدين ، والذي عندي أنه إن قوى

(١) انظر ص ١٤ ج ٣ فتح القدير ، وانظر ص ٣٩٥ ، أحكام القرآن لابن العربي جزء ١ ، وانظر ص ١٥٢ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

الإسلام زالوا وإن احتيج إليهم أعطوا سهمهم كما كان يعطيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وقد فعل هذا عمر بن عبد العزيز عندما كان يعطى بعض المال لمن يرى تألفه على الإسلام كما فعل مع البطريق الذى أعطاه ألف دينار .
كما قال الله تعالى أيضاً فى سورة الأنفال :

« واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن لله خمسة وللرسول وللمنى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل » أما الباقي فيكون للفاتحين .

إلا أن عمر لما تم فتح العراق والشام وباقى الأقطار رأى ألا تقسم الأرض بين الفاتحين بل رأى أن تبقى الأرض بين أهلها وأن يوضع عليهم الخراج لينفق منه على مصالح المسلمين عامة فى الأجيال القادمة ، فقال فى ذلك :

« فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجدون الأرض قد اقتسمت وورثت الآباء وحيزت ، ما هذا برأى . فقال له عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه : فما رأى ؟ ما الأرض والعلاج إلا ما أفاء الله عليهم . فقال عمر : ما هو إلا كما تقول - ولست أرى ذلك . والله لا يفتح بعدى بلد كبير ، عسى أن يكون كلا على المسلمين . فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور وما يكون للدرية والأرامل بهذا البلد وبغيره من أرض الشام والعراق ؟ فأكثروا على عمر رضى الله تعالى عنه وقالوا : أتقف ما أفاء الله علينا بأسيا فنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا ، ولأبناء القوم ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ فكان عمر رضى الله عنه لا يزيد على أن يقول : هذا رأى . قالوا : فاستشر . قال : فاستشار المهاجرين الأولين . فاختلفوا . فأما عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه فكان رآيه أن تقسم له حقوقهم . ورأى عثمان وعلى وطلحة وابن عمر رضى الله عنهم رأى عمر فأرسل إلى عشرة من الأنصار : خمسة من الأوس وخمسة من الخزرج من كبرائهم وأشرفهم فلما اجتمعوا حمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال :

إني لم أزعجكم إلا لأن تشركوا في أمانتي فيما حملت من أموركم، فإني واحد كأحدكم، وأنتم اليوم تقرون بالحق، خالفني من خالفني ووافقني من وافقني، ولست أريد أن تتبعوا هذا الذي هوأى معكم من الله كتاب ينطق بالحق، فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد إلا الحق. قالوا قل نسمع يا أمير المؤمنين. قال: قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أني أظلمهم حقوقهم. وإني أعوذ بالله أن أركب ظلماً. لئن كنت ظلمتهم شيئاً هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت. ولكني رأيت أنه لم يبق شيء يفتح بعد أرض كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم وعلوهم فقسمت ما غنمنا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجهته على وجهه وأنا في توجيهه وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوهم وأضع عليهم فيها الخراج وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئاً للمسلمين: أرايتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها. أرايتم هذه المدن الأعظام كالشام والكوفة والبصرة ومصر؛ لا بد لها أن تشحن بالجيوش وإمداد العطاء عليهم فن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلوج. فقالوا جميعاً. الرأي رأيك فنعم ما قلت وما رأيت. إن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقوون به رجع أهل الكفر إلى مدنها فقال: قد بان لي الأمر.

وقد قال القاضي أبو يوسف في ذلك: «والذي رأى عمر رضي الله عنه من الامتناع من قسمة الأرضين بين من افتتحها عندما عرفه الله ما كان في كتابه من بيان ذلك توفيقاً من الله به فيما صنع».

ونستطيع أن نسوق مثلاً آخر في الخلاف بين عمر بن الخطاب وعليّ ابن أبي طالب — فعمرو كان يرى أن التي تزوج في عدتها يفرق بينها وبين زوجها الجديد إن كان دخل بها ثم تعتد منه ولا تعود إليه أبداً. إلا أن عليّ ابن أبي طالب يرى — على ما رواه إبراهيم النخعي — أنه يفرق بينهما إلى أن تستكمل العدة الأولى وتعتد عدة مستقلة. ولا يوجد ما يمنع من أن تعود لزوجها الأخير.

فالحلفاء الراشدون في الأمثلة السابقة ذهبوا إلى تغيير بعض الأحكام^(١) الثابتة وذلك لتغير العلل التي أدت إليها أو لزوالها كما فعل عمر من إسقاط سهم المؤلفة قلوبهم .

كما ذهبوا إلى النهي عن بعض الأحكام الثابتة دفعاً لما يترتب عليها من آثار خطيرة تؤثر على مستقبل البلاد كما فعل عمر في تقسيم الأراضي العقارية . كما رأوا آراء مختلفة في الموضوع الواحد كما فعل عمر وعلى مع من تزوج امرأة لا تزال في عدتها من زوج سابق .

هذا مع الحلفاء الراشدين بالرغم من قرب عهدهم من النبي صلى الله عليه وسلم واتصالهم به ونهجهم منهجه . وقد قال فيهم « أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم » فقد فهموا روح التشريع، وكانوا مزهين غير مغرضين لا ينطقون عن هوى أو مصلحة خاصة، فكان رأيهم ولو اختلفوا محل اتباع من المسلمين في مشارق الأرض ومغاربها .

بل إننا نرى بعد هذا العصر من كبار التابعين من يتركون العمل بظاهر النصوص المطلقة أو العامة لأنهم رأوا العمل بها ينافي المصلحة العامة . فكان أن عملوا بما يحقق هذه المصلحة وإن كان في هذا تقييد للنص أو تخصيصه أو ترك ظاهره . كعدم قبول عروة بن الزبير توبة من تاب بعد تلصص وبعد قطع الطريق . وهو أحد فقهاء المدينة السبعة — بالرغم من أن الآية صريحة في قبول التوبة :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » .

(١) انظر ص ١١٩ من كتاب الدكتور محمد يوسف موسى « في تاريخ الفقه الإسلامي »

وقد قال في ذلك عروة بن الزبير : لا تقبل توبتهم — لو قبل ذلك منهم اجترعوا عليه وكان فساد كبير^(١).

ولما اتسعت الدولة وزادت رقعتها، وتكونت المدرستان العظيمتان مدرسة الحديث بالحجاز ومدرسة الرأي في العراق والكوفة . وجدنا ذلك الخلاف الواضح بين الفقهاء في المسائل وفي الفروع . لكل رأى وله حجج وجيهة مقنعة وليس أدل على ذلك من اختلافهم في ذلك الأمر الخطير « شرب الخمر » إذ ترى مدرسة الحجاز أن شرب الخمر سواء ما كان منها مستخرجاً من العنب أو من غير العنب حرام سواء شرب قليلها أم كثيرها .

وترى مدرسة العراق والكوفة أن المحرم فقط هو شرب الخمر المستخرجة من العنب . أما شرب القليل الذي لا يسكر من الخمر المستخرجة من غير العنب فحلال . حلال .

ولكل آراء وجيهة مقنعة لمن أراد الاقتناع ! ! .

ومالنا نذهب بعيداً والإمام الشافعي نفسه — وهو إمام من أئمة المسلمين — غير مذهبه عندما ترك بغداد البلد الذي عاش فيه وجاب الأقطار وسافر إلى مصر . ووجد أن ما يناسب هذا المكان لا يناسب ذلك المكان ، فكان له مذهبان مذهب وهو في بغداد ومذهب وهو في مصر .

إذن ماذا يفعل المسلم أمام كل هذا الخلاف .

هل هذا الخلاف مقصود ؟ . . أبدأ إن فيه رحمة بالناس .

قال الرسول الكريم « اختلاف أصحابي رحمة » .

وقال : « إن الله يحب أن توثق رخصه كما يحب أن توثق عزائمه » .

(١) انظر تفاصيل الموضوع في أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ ص ٤٩٤ ، ص ٢٤٩ جزء ١

أحكام القرآن لابن العربي وص ١١١ من كتاب تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ج ١

لذلك كله عزمنا بعون الله أن نسير في بحث الجرائم في الفقه الإسلامي بهذا الشكل ، مبرزين الخلاف بين المذاهب في المسائل والفروع .

فلو كنا بصدد تشريع جنائي إسلامي يطبق في البلدان الإسلامية ، يجب أن نبرزه بشكل لا يصطدم بما هو مألوف للناس معلوم لهم . وقد وجدنا بين طيات المذاهب الإسلامية المختلفة سواء كانت للأئمة الأربعة أو لغيرهم كالظاهرية والشيعة - آراء مختلفة أبرزناها وأبرزنا الخلاف بينهم فيها حتى يكون في الأخذ بها نفع للمسلمين طالما هي في الإطار العام لكتاب الله ولسنة رسوله .

خطة البحث

الحمد لله الذى وفقنا إلى أن نسير فى هذا الاتجاه من الدراسة؛ فقد وجدنا فى الفقه الإسلامى وخاصة فى العقوبات . المادة الدسمة البكر التى لم تبحث بعد ، والتى يلزم المشتغلين بالفقه الغربى أن يبحثوها فى مصادرها الأولى - تلك المصادر الخصبية .

ولن يعيننا فى هذا البحث المقارن الذى نكتبه اليوم أن نفيض فى شرح القانون الغربى الوضعى فلذلك كتب ومؤلفات لمشهورى الفقهاء ، بل إننا ننشير إشارات عابرة لختلف النظريات والمباحث فى الفقه الغربى ليلم القارئ الذى لم تسبق له دراسته بالأصول العامة فيه . وسنترك الإفاضة والتوسع للفقه الإسلامى . بل إننا سنذكر نصوصاً بأكملها ، سنذكرها كما وردت فى مصادرها الأولى ، وهى كتب الفقه الممتازة التى بين أيدينا فى هذه الأيام وهى قطعاً لم يتساوواها أى تغيير ولا تعديل فى مختلف المذاهب الشرعية . وسنبحث لختلف الجرائم محددة العقوبة والجرائم التى يقتص فيها أو يودى وهى جرائم القتل والضرب والجرح ثم نتكلم عن الجرائم التى يعزر فيها والحكمة من انتهاجنا ذلك المنهج أن عقوبات بعض هذه الجرائم كما يبدو للناظر قاسية جداً تصل أحياناً إلى حد استئصال الفرد من المجتمع أو استئصال عضو منه . ولذلك يلزم أن نبرز الفروق الجوهرية بين المذاهب والخلافات بينها لنستفيد من هذه الخلافات رحمة بالناس .

وإننا ندعو الله أن يوفق رجال الأزهر وغيرهم من القائمين على أمور المسلمين لأن يلتفتوا إلى هذا النوع من الدراسة المقارنة ، والملمحية^(١).

(١) استجاب الله هذا الدعاء الذى دعيناه فى سنة ١٩٦٠ وأصبحت الدراسات المقارنة تدرس فى كلية الشريعة والقانون بالأزهر ، والحمد لله .

وليس بحق ما قاله أحد العلماء الأزهريين بكلية الشريعة في أثناء مناقشة لنا معهم بالكلية أنهم لا يعترفون بالفقه الغربي . فالفقه الغربي حقيقة واقعة مأخوذة - كما أثبتنا وأثبت غيرنا - من الفقه المالكي الذي كان منتشراً ببلاد الأندلس . فدراستنا المقارنة مع الفقه الغربي تبرز تلك الأصول والفروع وتثبت أقدام الفقه الإسلامي وتظهر فضله ، وفقنا الله لما فيه الصواب .

الفصل الأول

جريمة السرقة

في الفقه العربي :

السرقة كما يعرفها شراح القانون الجنائي الحديث، هي اختلاس منقول مملوك للغير .

ولذلك يحسن أن نعرض للتفريق بين جريمة السرقة وبين غيرها من الجرائم التي ترمى إلى تملك مال الغير وتحقق بدون الاختلاس ، كخيانة الأمانة ؛ أو بالغش والاحتيال ؛ كالنصب .

ففي الفقه الغربي ، المتهم بالسرقة يأخذ الشيء وينقله إلى حيازته رغم إرادة المخبى عليه .

أما المتهم بالنصب ، فيتسلم الشيء برضا المخبى عليه بناء على غش واحتيال ، والمتهم بخيانة الأمانة ، يتسلم الشيء برضا المخبى عليه تنفيذاً لعقد من عقود الأمانة ويبدد الشيء أو يستعمله .

وقد جرى فقهاء الغرب على القول بأن أركان جريمة السرقة أربعة :

- ١ - الاختلاس .
- ٢ - أن يكون المختلس منقولا .
- ٣ - مملوكاً للغير .
- ٤ - بقصد جنائي .

في الفقه الإسلامي :

أما فقهاء الشريعة فيعرفون السرقة بأنها :

« أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه^(١) . »

(١) انظر ص ٣٧٢ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

أو هي «أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ»^(١).

أو هي أخذ البالغ العاقل نصاب القطع خفية مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حوز بلا شبهة^(٢).

ونتبين من التعريفات المتقدمة أن أركان جريمة السرقة المتفق عليها في الفقه الإسلامي هي :

١ - الأخذ خفية .

٢ - للمال .

٣ - المملوك للغير .

وستكون طريقة بحثنا أن نذكر باختصار رأي شراح القانون الوضعي في كل ركن من هذه الأركان، فليس القصد هو إطالة شرح مثل هذه المسائل التي أطال فيها الشراح وفقهاء القانون الغربي ، بل مقارنة ذلك بما ورد في قول فقهاء المسلمين في هذه المسائل ونظائرها مع بسط في القول لنرى مدى تطابق الفكرتين .

المبحث الأول

أركان جريمة السرقة

أولاً - الاختلاس

عرف شراح القانون الوضعي الاختلاس بأنه نقل الشيء من حيازة الحجي عليه وهو الحائز الشرعي له إلى حيازة الجاني بغير علم الحجي عليه أو على غير رضاه .

(١) انظر ص ٢١١ الزيلعي ج ٣ .

(٢) انظر ص ٢١٩ فتح القدير ج ٤ .

وينتفى الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة قد سلم إلى الجاني
إذ التسليم يمنع من قيام الاختلاس .

كما ينتفى الاختلاس إذا كان الشيء موضوع الجريمة في حيازة الجاني
من بادىء الأمر .

فلذا كان الشيء في حيازته وأبى رده أو تصرف فيه لإضراراً بمالكه
لا يعد سارقاً .

فتى توافر هذان الشرطان امتنع قيام الاختلاس وبالتالي قيام جريمة
السرقه . وقد ثار نزاع بين فقهاء القانون الغربي عما إذا كان يلزم أن يأخذ
الجاني الشيء ويجوز له نفسه على غير رضا المجنى عليه وبغير علمه . فيقول
بعض الشراح بأن الاختلاس يكون بأخذ الجاني الشيء بغير علم المجنى عليه
أو على غير رضاه^(١) .

ويقول البعض الآخر إنه يجب اجتماع الأمرين معاً ، أى عدم العلم
وعدم الرضا^(٢) .

ويقول المحدثون إنه يكفي باشتراط عدم رضا المجنى عليه فقط سواء
أعلم بالسرقه أم لم يعلم لأنه متى أخذ الشيء على غير رضا المجنى عليه فالسرقه
واقعة لا محالة ولو حصل ذلك بعلمه وعلى مرأى منه لجواز أن يكون عاجزاً
عن رد السارق أو مقاومته .

ولا نزاع في أن الخطف والغصب من ضروب السرقه المعاقب عليها^(٣)
ويقابل ركن الاختلاس في الشريعة أخذ المال مستتراً أى الأخذ خفية .
ويسمى الأخذ مجاهرة : مغالبة ، أو نهب ، أو خلسة ، أو غصباً ، أو انتهاباً
واختلاس لا سرقه .

(١) جاردو ج ٦ نبذة ٢٣٧٣ .

(٢) جارسون نبذة ٤٧٥ .

(٣) انظر ص ١٦٧ من الموسوعة لجنلى عبد الملك جزء ٥ .

وروى عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع » رواه أصحاب السنن^(١).

وفي الموطأ عن محمد بن شهاب الزهري^(٢) « أن مروان بن الحكم أتى بإنسان قد اختلس متاعاً ، فأراد قطع يده ، فأرسل إلى زيد بن ثابت يسأله عن ذلك ؟ فقال زيد : ليس في الخلسة قطع^(٣) .

والخائن من يأخذ المال الموثمن عليه ، والمنتهب هو الذي يأخذ المال جهرة ويعتمد على القوة والاشدة فهو غاصب ، والمختلس من يأخذ المال جهرة ويخطفه بسرعة ويعتمد على الحرب .

فلا قطع على واحد من هؤلاء لأنه يمكن إرجاعه بالاستغاثة إلى ولاية الأمور لمعرفتهم — ولكنهم يؤدبون أى يعزرون^(٤) .
وقد ورد في الزيلعي^(٥).

(١) انظر ص ٣٢١ ج ٤ من جامع الأصول .

(٢) محمد بن شهاب الزهري هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب القرشي الزهري أحد الأئمة الأعلام وعالم الحجاز والشام . روى عن عبد الله بن عمر وعبد الله ابن جعفر والمسور بن مخرمة وطبقته من صفار الصحابة وكبار التابعين . وروى عنه الأوزاعي والليث ومالك وغيرهم . له ألفان ومائتان من الحديث نصفها مسند . قال ابن سعد كان الزهري ثقة كثير الحديث والعلم والرواية فقيهاً جامعاً ، مات سنة ١٢٥ هـ .

انظر ص ٤٤٥ ج ٩ تهذيب التهذيب ، ص ١٠٢ ج ١ من تذكرة الحفاظ .

وزيد بن ثابت هو أبو سعيد بن ثابت بن الضحاك التجارى الأنصارى ، قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهو ابن إحدى عشرة سنة وكان يحفظ وقتئذ ست عشرة سورة . وكان يكتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم الوحي والرسائل ، تعلم السريانية والعبرانية ، وكان يكتب لأبي بكر وعمر في خلافتهما ، وولى بيت المال لعثمان ، وهو الذى جمع القرآن بإشارة أبي بكر وعمر ، توفي سنة ٤٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٢٢ ج ٤ من المرجع السابق .

(٤) انظر ص ١٩ التاج الجامع للأصول جزء ٣ .

(٥) والزيلعي نسبة إلى زيلع بلدة على ساحل الحبشة بأفريقيا قدم القاهرة سنة خمس وسبعمائة وكان مشهوراً بالفقه والنحو وبالفرائض ، توفي سنة ٧٤٣ هـ .

لو سرق من رجل ثوباً عليه وهو رداء أو قلنسوة أو طرف منطقته أو سيفه أو سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خاسة « أى اختلاس » . ولو سرق من رجل نائماً قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريباً منه بحيث يكون حافظاً لها - يقطع لأنه أخذها خفية وسراً ولها حافظ وهو النائم^(١) وقد ورد في فتح القدير^(٢) :

« والخفية مراعى فيها إما ابتداء وانتهاء ، وذلك في سرقة النهار من المصر أو ابتداء لا غير وهى في سرقة الليل فلذا إذا دخل البيت ليلاً خفية ثم أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده ، قطع به للاكتفاء بالخفية الأولى - وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً وإن كان دخل خفية . والقياس كذلك في الليل لكن يقطع إذ غالب السرقات في الليل يصير مغالبة ، إذ قليلاً ما يختفى في الدخول والأخذ بالكلية ، وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان - قطع ، ولو علما لا يقطع . والخفية المعتبرة في السرقة الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والضارب والغاصب والمرتهن . والخفية المعتبرة في السرقة الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين^(٣) . »

* * *

(١) انظر ص ٢٢٢ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) للكمال بن الهمام وهو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد كمال الدين الشخير بابن الهمام ولد سنة ٧٨٨ هـ ، كان إماماً في الفقه والأصول والعلوم العربية بارعاً في الحديث والتفسير والمنطق والمناظرة ، شرح في تأليف كتابه فتح القدير سنة ٨٢٩ هـ ولم يتمه بل كتب فيه لباب الوكالة ثم أكمله قاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ وسمى الكتاب نشائج الأفكار ، وقد توفى الكمال سنة ٨٦١ هـ .

(٣) انظر ص ٢١٩ فتح القدير ج ٤ ، ويعبر رجال الفقه الإسلامى عن السرقة المادية بالسرقة الصغرى وعن جريمة الحرابة بالسرقة الكبرى .

مما تقدم، نلاحظ الاختلاف الواضح بين معنى الاختلاس في السرقة كما يفهمه الفقه الغربي ومعنى الخفية أو الأخذ مستتراً في الفقه الإسلامي ، فالعنى الأول معنى عام واسع يندرج تحته كل أخذ للمال بطريقة غير مشروعة رغم إرادة المجنى عليه .

أما الثانى فهو معنى ضيق إلى أبعد حد ؛ فقد استبعد من الاختلاس المعروف الاختلاس مجاهرة أى علانية واقتصر على الخفية فقط .

والحكمة فى ذلك أن الأخذ مجاهرة يعلم به المجنى عليه كما قد يعلم به العامة فيمكنهم متابعتة وتسليمه إلى السلطة العامة .

وقد أجمعوا على أنه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع إلا أن يكون شهر السلاح على المسلمين خيفاً لهم فيكون حكمه حكم المخارب . وقال أبو يوسف : أما القفاف والمختلس فعليهما الأدب والحبس حتى يحدثا توبة .

وورد عن أحمد روايتان فى الطرار « النشال » أحدهما أنه يقطع وفى الأخرى لا يقطع ، وعن أبى يوسف أنه يقطع لأن المال محرز بصاحبه^(١).

الأخذ من حرز :

الحرز فى اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذى يحرز فيه الشيء أى يحفظ .

وفى الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحنوت والخيمة أو الشخص نفسه^(٢).

ونبحث فى هذا الركن وهو ركن الخفية : أن يكون قد أخذه من حرز .

(١) القفاف : قف الصيرفى أى سرق الدراهم بين أصابعه فهو قفاف . وانظر المبسوط ص ١٦١ جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٢٠ الزيلعى ج ٣ حاشية الشلبى .

فقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث : القطع على من سرق النصاب وإن سرقة من غير حرز^(١).

(١) انظر ص ٣٢٦ ، ٣٢٧ المحلى لابن حزم الظاهري جزء ١١ :
القول في المختلس لا يخلو من أحه وجهين :

لما أن يكون اختلس جهاراً غير مستخف من الناس فهذا لا خلاف فيه أنه ليس سارقاً ولا قطع عليه ، أو يكون فعل ذلك مستخفياً عن كل من حضر فهذا لا خلاف بيننا وبين الحاضرين من خصوصنا في أنه سارق وأن عليه القطع بفعل كل ما تعلقوا به وعرى قولهم في مراعاة الحرز عن أن يكون له حجة أصلاً .

وأما قولهم إن الشيء إذا لم يكن محرزاً فهو لقطة فخطأ لأن اللقطة إنما هي ما سقط عن صاحبه وصار بدار مضية . وكذلك الضالة ، وأما ما كان غير مهمل ولا ساقط فقد بطل عن أن يكون لقطة أو ضالة وقد جاء في اللقطة والضالة نصوص لا يحل تعديها فلا مدخل للسارق فيها فنحن إنما نكلمهم في سارق من حرز لا في ملتقط ولا في أخذ ضالة فسطع هذا الاعتراض الفاسد ... فوجب أن ننظر في القول الثاني فوجدنا الله تعالى يقول : (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله) فوجب بنص القرآن أن كل من سرق فالقطع عليه ، وأن من اكتسب سرقة فقد استحق بنص كلام الله تعالى جزاء مكسبه ذلك بقطع يده نكالا وبالضرورة الحسية ، وباللغة يدرى كل أحد يدرى اللغة أن من سرق من حرز أو من غير حرز فإنه سارق أنه قد اكتسب سرقة لا خلاف في ذلك فإذا هو سارق مكتسب سرقة فقطع يده واجب بنص القرآن ولا يحل أن يخص القرآن بالظن الكاذب ولا الدعوى العارية من البرهان .

قال ابن حزم : فهذا نص القرآن وأما السنن ... من طريق البخاري حدثنا موسى بن إسحاق حدثنا عبد الواحد الأعمش قال : سمعت أبا صالح سمعت أبا هريرة يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لمن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده » . فقضى رسول الله بقطع السارق جملة ولم يخص حرزاً من غير حرز . وإن الله عز وجل لو أراد أن لا يقطع السارق حتى يسرق من حرز ويخرجه من الدار لما أخفل ذلك ولا أمره ولا أعنتنا بأن يكلفنا علم شريعته لم يطلعنا عليه ولبيته على لسان رسوله إما في الوحي وإما في النقل المنقول فإذا لم يفعل الله تعالى ذلك ولا رسوله فنحن نشهد ونثبت ونقطع بيقين لا يمازجه شك أن الله تعالى لم يرد قطع ولا رسوله اشتراط الحرز في السرقة وأنه لا شك في ذلك فاشراط الحرز باطل بيقين لا شك فيه وشرع لما لم يأذن الله به .

وأما الإجماع فإنه لا خلاف بين أحد من الأمة كلها في أن السرقة هي الاختفاء بأخذ الشيء ليس به ، وأن السارق هو المختص بأخذ ما ليس له وأنه لا مدخل للحرز فيما اقتضاء الاسم فن =

أما غالبية الفقهاء فمتفقون على اشتراط الحرز في وجوب القطع وإن كانوا قد اختلفوا في معنى الحرز . وحجة ذلك الرأي حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل - فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن الحن » . وحجة رأى أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » . الآية

فالواجب أن تحمل الآية على عمومها منها إلا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذي يقطع فيه من الذي لا يقطع . وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع في أحاديث عمرو ابن شعيب .

والحرز نوعان :

١ - حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لإحراز الأموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك .

٢ - حرز بالحافظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه وهو محرز به . وقد قطع الرسول صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان بن أمية من تحت رأسه وهو نائم في المسجد .

ويقول الفقهاء : إنه في الحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ لأن الحرز به فوق الحرز بالحافظ . لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال وبه امتنع

= أقبح في ذلك اشتراط الحرز فقد خالف الإجماع على معنى هذه اللفظة في اللغة وادعى في الشرح ما لا سبيل له إلى وجوده ولا دليل على صحته .

وأما قول الصحابة فقد أوضحنا أنه لم يأت قط عن أحد منهم اشتراط الحرز أصلاً وإنما جاء عن بعضهم « حتى يخرج من الدار » وقال بعضهم من البيت ، وليس هذا دليلاً على ما ادعوه من الحرز مع الخلاف الذي ذكرناه عن عائشة وابن الزبير في ذلك فلاح أن قولنا قول قد جاء به القرآن والسنة الثابتة .

مع اختفائه فيه عن أعينهم - فكان الحرز بالحفاظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل حتى لو أذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لأن الحفاظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالإذن .

ويلزم لإخراج الشيء من الحرز لوجوب القطع وذلك إذا سرق من مكان . أما إذا سرق من حافظ فيقطع بمجرد الأخذ لزوال يد المالك به ولا فرق بين أن يكون الحفاظ مستيقظاً أو نائماً . واشتراطوا في النائم أن يكون الشيء تحت جنبه أو تحت رأسه والمدار في القطع هو على إخراج النصاب من الحرز حتى إن السارق لو أخرج النصاب من الحرز ثم عاد به فأدخله فيه فلم يقطع^(١).

وقد اتفق من أوجبوا شرط الحرز في أمور واختلفوا في أمور^(٢).

(١) انظر ص ٣٠٠ ج ٤ الدسوقي على الشرح الكبير .

(٢) ورد في المهذب ج ٢ ص ٢٨٠ « وإن فتح مراحاً فيه غم فحلب من ألبانها قدر النصاب وأخرجه قطع لأن الغم مع اللبن في حرز واحد فصار كما لو سرق نصاباً من حرزين في بيت واحد » وقال بعكس ذلك أبو حنيفة لأنه من الأشياء الرطبة ، وورد في المغني ص ٢٦١ : إن شربه في الحرز أو شرب ما ينقص النصاب فلا قطع عليه .

وانظر ص ٧٨ جزء ٢ من لا خسر : ويشترط أن يخرج ما سرقه ظاهراً حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز ثم خرج به لا يقطع ولا ينتظر تفوطه ، بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للمال ، وأن يخرج النصاب مرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع . وانظر ص ٢٥٢ المغني جزء ١٠ .

والإبل ثلاثة أضرب : باركة ، وراحية ، وسائرة .

أما الباركة : فإن كان معها حافظ لها وهي معقولة فهي محرزة - وإن لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً إليها أو مستيقظاً بحيث يراها فهي محرزة .

وإن كان نائماً أو مشغولاً عنها فليست محرزة لأن العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن حل المعقولة ينيب النائم والمشتغل وإن لم يكن معها أحد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن .

وأما الراحية : فحرزها بنظر الراعي إليها لما غاب عن نظره أو قام عنه فليس بمحرز لأن الراحية إنما تحرز بالراعي ونظره .

فقد اتفق أكثر من أوجبوا الحرز في أمرين :

١ - البيت لا يكون حرزاً إلا إذا كان باباً مغلقاً^(١).

٢ - من سرق من دار غير مشتركة السكنى لا يقطع حتى يخرج من الدار
واختلفوا في أمور منها :

= وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره إليها سواء كانت مقطوعة أو غير مقطوعة وما كان منها بحيث لا يراه فليس بحرز وإن كان معها فائد فحرزها أن يكثر الالتفات إليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها إذا التفت .
وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحوز القلائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا « للحنابلة » أن العادة في حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الأول فكان ذلك حرزاً لها كالتى زمامها في يده فإن سرق من أحبال الجبال السائرة المحرزة متاعاً قيمته نصاب قطع ، وكذلك إن سرق الحمل . وإن سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه في يد صاحبه ، وإن لم يكن صاحبه نائماً عليه قطع ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لأن ما في الحمل محرز به فإذا أخذ جميعه لم يهلك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز .

ولنا « للحنابلة » أن الجمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزاً فقد سرقه من حرز مثله فأشبه ما لو سرق المتاع ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه . وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء . فأما التي في البيوت والمكان المحرز على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالخكم في الإبل على ما ذكرناه من التفصيل .

وانظر ص ٧٩ من المدونة جزء ١٦ : « قلت أرأيت إن أتى إلى قطار فاحتمل منه بعيراً أو سرق من محمل شيئاً قال : قال مالك : يقطع من حل بعيراً من القطار أو أخذ من المحمل شيئاً على وجه الاستسار . قلت : أرأيت إن أخذ غرائر على البعير أو شقها فأخذ منه المتاع أيقطعه في الوجهين جميعاً في قول مالك . قال نعم قال : وقال مالك وإن أخذ ثوباً ملقى على ظهر البعير مستسراً لذلك قطع . قلت فإن أخذه غير مستمر وإذا أخذه مختلساً لم يقطع عند مالك » .

(١) وقد روى عن أحمد في البيت الذي ليس عليه غلق يسرق منه ، أراه سارقاً . وهذا محمول على أن أهله فيه ، فأما البيوت التي في البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لأن من ترك متاعه في مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظاً له ، وإن أغلق عليه ، وإن كان فيها أهلها أو حافظ فهي حرز سواء كانت مغلقة أم مفتوحة ، انظر ص ٢٥٦ المغنى جزء ١٠ لابن قدامة .

١- في الأوعية وهل تعتبر حرزاً ؟

٢- في الدار المشتركة : فقد قال مالك^(١) وآخرون تقطع يد السارق منها إذا أخرج المسروق من البيت . وقال أبو يوسف^(٢) ومحمد لا قطع

(١) هو الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي وجده الأعلى أبو عامر صحابي جليل . ولد مالك بالمدينة سنة ثلاث وتسعين ، أخذ عن نافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وشيخه في الفقه ربيعة الرأي . قال الشافعي عن مالك : مالك حجة الله على خلقه . وقد أجمع أقرانه ومن بعدهم على أنه إمام الحديث موثق بصدق روايته . ألف الموطأ . قال له الخليفة أردت أن أعلق كتابك هذا في الكعبة وأفرقه في الآفاق وأحمل الناس عليه حسماً للخلاف ، فقال له مالك : لا تفعل فإن الصحابة تفرقوا في الآفاق ورووا أحاديث غير أحاديث أهل الحجاز التي اعتمدها وأخذ الناس بذلك ، فتركهم على ما هم عليه . روى عنه الحديث أساتذته ابن شهاب الزهري وربيعه ، وروى عنه من أقرانه سفيان الثوري واليث بن سعد والأوزاعي وأبو يوسف ، وروى عنه من تلاميذه الشافعي ومحمد بن الحسن الشيباني .

وقد امتحن مالك سنة ١٤٧ هـ وضرب بالسياط وبقي مريضاً حتى مات وتوفي سنة ١٧٩ هـ .

(٢) أبو يوسف هو يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ولد سنة ١١٣ هـ كان أكبر تلاميذ أبي حنيفة وأفضل معين له ، وكان أبو حنيفة يواسيه لفقره ، ولولاه ما تعلم ، كان كبير الحديث لكن غلب عليه رأي أبي حنيفة . وإليه يرجع الفضل في تخليد مذهب أبي حنيفة فلما أسند إليه منصب قاضي قضاة الدولة العباسية لم يستعمل على القضاء إلا من كان حنيفياً ، رحل إلى مالك وأخذ عنه بعد أن ناظره في مسائل وتوفي سنة ١٨٣ هـ ولم يبق من كتبه إلا كتاب الخراج وما نقله الشافعي في كتاب « الأم » .

ومحمد هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ولد سنة ١٢٢ هـ ونشأ بالكوفة سمع من مالك والأوزاعي والثوري ومحب أبا حنيفة وأخذ الفقه عنه ولم يجالس كثيراً لوفاته أبي حنيفة وهو حدث وأخذ عن أبي يوسف وصار مرجع الحنفية في حياة أبي يوسف ، ونشأت بينهما وحشة واستمرت حتى توفي أبو يوسف . رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك وله رواية خاصة للموطأ ، وقابله الشافعي ببغداد وناظره وقال عنه : أخذت من محمد وقر بهير من علم . قيل لأحمد : من أين لك هذه المسائل الدقيقة ؟ قال : من كتب محمد ، ولاء الرشيد القضاء ، وخرج معي في سفره إلى خراسان وتوفي سنة ١٩٨ هـ .

انظر ص ٣٠١ جزء ٤ الدسوقي : في التوضيح عن ابن عبد البر أن السوق المجهول عليه قيسارية تغلق بأبواب ويحيط بها ما يمنع وذلك كالجبالون والشرم والريمية بمصر لا يقطع سارق من حوائثه إلا إذا أخرجه خارج القيسارية لأنه حرز واحد لجميع ما فيه .

عليه إلا إذا أخرج من الدار كلها ، البيت جزء من الدار^(١).

(١) انظر ص ٢٤٥ من كتاب اللخيرة لشهاب الدين القرافي المالكي جزء ٨ نسخة مخطوطة بدار الكتب برقم د ١٩٧٨٣ .
في المقدسات الدور ست :

دار حجرها ساكنها أو مالكيها عن الناس يقطع سارقها إن خرج من الدار ويقطع إن خرج من بعض بيوتها ولم يخرج منها .

ودار أذن فيها ساكنها أو مالكيها لخاص كالضيف أو رسول يبعثه ليأتيه بقمشه فيسرق ذلك الخاص من بيت حجر عليه فيه ففى المدونة لا يقطع وإن أخرجه من جميع الدار لأنه خائن لا سارق . وقطعه سحنون وإن لم يخرج من جميع الدار إذا أخرجه إلى موضع الإذن لشبهه بالشركاء في ساحة الدار إذا سرق أحدهم من بيت صاحبه وأخرجه إلى ساحة الدار . وعنه لا يقطع حتى يخرج من جميع الدار .

ودار أذن فيها إذاً عاماً كالعالم والطبيب أو يحجر على بيت منها دون بقيتها يدخل بغير إذن فيقطع من سرق من بيت محجور إذا خرج به من جميع الدار ، ولا يقطع السارق من قاعها ولا من غير المحجور من بيوتها اتفاقاً حتى يخرج من جميع الدار لأن بقية الدار من تمام الحرز ففارقت الحجز فإنه لا يدخل إلا بإذن صاحبها .

ودار مشتركة بين ساكنيها مباحة لساكن الدار كالفندق فقاعته مباحة للبيع والشراء فهى كالحجرة فالسارق من البيوت من السكان أو غيرهم إذا أخذ من قاعة الدار قطع اتفاقاً .

ودار مشتركة بين ساكنيها محجورة عن الناس من سرق من بيت صاحبه قطع إذا خرج إلى قاعة الدار وإن لم يخرج من الدار ولا أدخلها بيته ، ولا قطع في السرقة من قاعة الدار وإن لم يخرج من الدار ولا أدخلها بيته .

ودار انفرد بسكنائها مع امرأته فسرقت الزوجة أو أمها من بيت حجره عليهما أو الزوج أو عبده من مالها المحجور عليه فظاهر المدونة يقطع إذا أخرجه إلى موضع الإذن - وعن مالك لا يقطع لأنها خيانة .

وانظر ص ٢٥٢ من المرجع السابق .

وإن دخل بثوب الحرز فصبغه برصفران وخرج به فإن زادت قيمته يوم الخروج نصاباً قطع بخلاف الدهن في الرأس لأنه لا يزيد في قيمة المدهون وإن كان عبداً . وبغضن الرصفران كله في ملائه « أى عندما يكون قادراً على الدفع » .

وانظر ص ٢٥٩ من المتن لابن قدامة جزء ١٠ .

ولا بد من إخراج المتاع من الحرز فمى أخرجه من الحرز وجب عليه القلع سواء حمله إلى منزله أو تركه خارجاً من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به إلى خارج الحرز أو شد فيه =

٣ - في القبر :

وهل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز^(١).
قال مالك والشافعي^(٢) وأحمد^(٣) وجاعة منهم أبو يوسف وابن أبي ليلى
والشعبي والنخعي وعطاء وحماد : هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر
ابن عبد العزيز - كما قال به ابن حزم .
وقال أبو حنيفة ومحمد والأوزاعي وسفيان^(٤) الثوري لا قطع عليه .

= حبلا ثم خرج فده به أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها أو تركه في نهر جار فخرج به
ففي هذا كله يجب القطع لأنه هو المخرج له . إما بنفسه وإما بآلته فوجب عليه القطع كما لو
حمله فأخرجه وسواء دخل الحرز فأخرجه أو نقيه ثم أدخل إليه يده أو عصا لها شجعة فاجتذبه
بها وبهذا قال الشافعي . وقان أبو حنيفة : لا قطع عليه إلا أن يكون البيت رخيصاً لا يمكنه دخوله
لأنه لم يهلك الحرز بما أمكنه فأشبهه المختلس .

(١) انظر ص ١٧١ من الخراج وانظر ص ٢٥١ من الأحكام السلطانية لأبي يعلى الخنجل .
(٢) الإمام الشافعي هو أبو عبدالله محمد بن ادريس بن العباس يلتقي مع رسول الله
صل الله عليه وسلم في عبد مناف ولد بغزة في فلسطين سنة ١٥٠ هجرية تفقه في مكة ثم رحل إلى
مالك وأخذ عنه الموطأ . وقال أحمد . ما عرفت ناسخ الحديث من منسوخه حتى جالست الشافعي .
اختلط بمحمد بن الحسن وأطلع على كتب فقهاء العراق ثم عاد إلى مكة واختلط بعلمائها ثم عاد إلى
العراق سنة ١٩٨ هجرية ثم ارتحل إلى مصر وخالط علماءها ورأى عادات مختلفة تغير وجه
الاجتهاد عنده في بعض مسائله وعرف ذلك بالمذهب الجديد . توفي بمصر سنة ٢٠٤ هجرية .

(٣) هو الإمام أبو عبدالله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني المروزي البغدادي
ولد ببغداد سنة ١٦٤ هجرية ونشأ بها - وصار إمام المحدثين في عصره رحل إلى مكة والمدينة
والشام واليمن والكوفة والبصرة وتفقه على الشافعي حين قدم ببغداد . وقد امتحن أحمد في زمن
المأمون والمعتمد والوثن بالفسر والحبس والإهانة ليقول بخلق القرآن فأبى كل الإباء عاش
على الكفاف توفي ببغداد سنة ٢٤١ هجرية .

(٤) هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري المصري وقيل له الثوري نسبة إلى ثور
ابن عبد مناة ، أحد أجداده وهو من تابعي التابعين ولد سن ٩٧ هجرية ومن أقرانه شعبة ،
ومالك ، والأوزاعي - قال غير واحد من العلماء : سفيان أمير المؤمنين في الحديث . قال مالك :
كانت العراق تجيش علينا بالدرهم والدينار ، ثم صارت تجيش علينا بالعلم منذ جاء سفيان وقد
حاصر سفيان أبا حنيفة بالكوفة إلا أنه كان على طريقة أهل الحديث الذين يتلذمون من الرأي
ومات بالبصرة متوارياً من جور الخلفاء الذين كان ثاراً عليهم سنة ١٦١ هجرية .

وروى ذلك عن زيد بن ثابت^(١).

(١) انظر ص ٥٠٩ جزء ٢ الجصاص وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ من الزيلعي :

«وبنيس» أى لا يقطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضى الله عنه ، وقال الشافعى يقطع وهو قول أبى يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام « من نبش قطنائه » ولأنه سرق مالا متقوماً يبلغ نصاباً من حرز مثله فوجب القطع به اعتباراً بسائر أنواع الحرز .

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : « لا قطع على المختفى » وهو النباش بلغة أهل المدينة ولأنه تمكن الخلل فى السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع .

أما الأول فلأن السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم أو قفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه وإنما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون فى معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقاً فلا تتناوله آية السرقة .

وأما الثانى : فلأنه لا يملك الميت حقيقة لجزءه لأن الملك عبارة عن الانتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينفيه .

وأما الثالث فلأن المال عبارة عما تميل إليه النفوس وتضمن به وهو مخلوق لمصالح الآدى والطباع السليمة تنفر عنه فضلاً عن أنها تضمن به .

وأما الرابع : فلأنه ليس بمحرز بالميت لأنه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لأنه حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزاً ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه .

وأما الخامس فلأن المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يتحر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج إلى الزاجر . والله يدل على ذلك أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا فيه شيئاً فمزره أسواطاً ولم يقطعه .

انظر ص ٢٤١ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافى المالكي جزء ٨ .

قال مالك القبر حرز بما فيه سواء كان فى البيت أو الصحراء يقطع سارقه إن أخرجه إلى وجه الأرض وإن كفن وطرح فى البحر قطع أخذ كفنه شد إلى خشبة أم لا ، ووافقنا أحمد وقال إن كان القبر فى دار أو فى المقابر قطع أو فى الصحراء فقولان مبينان على أن الولي يضمن الكفن فلا يقطع ولا فيقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع مطلقاً. لنا العمومات والأقيسة على المنازل وغيرها وقوله تعالى « ألم نجعل الأرض كفاتاً أحياء وأمواتاً » فالدور كفات الأحياء والقبر كفات الأموات . وروى عنه عليه السلام أنه قال : من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه ومن نبش قطنائه وكتب ابن مسعود إلى عمر بن الخطاب فى نباش فأمر بقطعه وقطع ابن أنزير نباشاً فى عرفات . . .

واحجج «الرأى المعارض» بأنه لا يسمى سارقاً بل نباشاً وعند أهل المدينة يسمى المختفى قالت عائشة لعن الله المختفى والمختفية، وقال عليه السلام لا قطع على المختفى ولكن القبر ليس =

واختلف الفقهاء فيما إذا كان القبر في بيت مقفل، قال محمد : والأصح عندى أنه لا يجب القطع سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لأن بوضع القبر فيه اختلت صفة الحُرزية في ذلك البيت فإن لكل واحد من الناس تأويلاً للدخول فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على من سرق منه شيئاً . وكذلك يختلفون في قاطع الطريق إذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة ولم يأخذ شيئاً آخر ، فهم من قال يقام عليه الحد لأنه محرز بالقافلة ، قال محمد : والأصح عندى أنه لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في الكفن^(١).

والكفن الذى يقطع بسرقة في رأى من يقول بالقطع ما كان مشروعاً فإن كفن الرجل في أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً أو ذهباً أو فضة أو جواهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه^(٢).

= محرز لأنه لا قفل عليه ولأنه لا يحرز فيه الدنانير كسائر الأحراز - ولو دفن معه لم يقطع أخذه اتفاقاً ، ولو كان حرزاً لكان حرزاً لما زاد على الكفن المعتاد ، ولو كفن في عشرة أبواب فسرق الزائد على الكفن لم يقطع ولأن الكفن إنما يوضع للبل لا للحفظ ولو وضع الكفن في قبر بغير ميت لم يكن حرزاً له ولو وضع الميت على شفير القبر لم يقطع سارقه كفته . والجواب عن الأول أنه سارق لقول عائشة : سارق موتانا كسارق أحياناً . ويقال في العرف سرق الكفن ولأن السارق الأخذ خفية والنباش كذلك .

وعن الثاني يحمل الحديث على ما إذا لم يخرج أو له فيه شبهة جمياً بين الأدلة . وعن الثالث أن حرز كل شيء على حسبه فقد يصلح حرزاً لشيء دون غيره لأن ضابط الحرز العرف المادة . والعادة في الأموال مختلفة اتفاقاً وهو الجواب عن الزائد في الكفن والمال مع الميت لأنه خلاف العادة .

وعن الرابع أنه يقصد حفظه عليه في القبر حتى يبلى وكونه يبلى لا ينافي قصد الحفظ . وانظر ص ٢٨٠ من المفتى لابن قدامة جزء ١٠ ، وانظر ص ٣٣٠ من المحلى لابن حزم .

(١) انظر ص ١٦٠ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٢٨٢ ج ١٠ المفتى .

أما في الفقه الغربي فالظاهر أن اختلاس الأكفان وغيرها من الأمتعة التي تودع مع الموتى محل خلاف ، فقد يقال في ذلك إن هذه الأشياء تعد من قبيل المتروكات وهذا أخذت محكمة نابولي الإيطالية .

ولكن محكمة النقض الفرنسية عدت الفعل سرقة لأنها رأت أن هذه الأمتعة موضوعة لغرض خاص ولا يجوز لأحد امتلاكها بوضع اليد إذ لم يكن في نية واضعها التخلي عنها لمن يريد .

كذلك قررت محكمة النقض والإبرام في حكم في القضية ١١٧٥ لسنة ١٩٣٦ « أن هذه الأشياء لا يمكن بحال ما عدها من قبيل المال المباح يسوغ لكل شخص تملكه بالاستيلاء عليه . وقضت بناء على ذلك بأن الشروع في اختلاس شيء مما هو متروك مع الموتى يعد شروعا في سرقة معاقبا عليه قانونا^(١) .

٤ - لا يقطع الإمام مالك سارق ما كان على الصبي من الحلي أو غيره إلا أن يكون معه حافظ عليه .

٥ - إذا كان سارقان أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب أحدهما المتاع المسروق إلى ثقب في البيت فتناوله الآخر ، فقبل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما : وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب^(٢) .

* * *

والأخذ على سبيل الاستخفاء من الحرز قد يكون مباشرة وقد يكون تسبياً . أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع . وإخراجه من الحرز

(١) انظر ص ٢١٤ من الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك جزء ٥ .

(٢) انظر ص ٣٧٦ من بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

انظر ص ٢٣٥ من الذخيرة للقرافي جزء ٨ النسخة المخطوطة « وإن جر ثوبا على حائط بمضه في الدار وبمضه خارج فلا يقطع إن كان إلى الطريق » .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحماوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل، فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر^(١) وفي الاستحسان يقطعون جميعاً^(٢).

(١) هو زفر بن الهزبل بن قيس الكوفي ولد سنة ١١٠ هـ ولما شب طلب الحديث وثقفه بأبي حنيفة وكان أكثر أصحاب أبي حنيفة أخذاً بالقياس . كما أن أبا يوسف أكثرهم اتباعاً للحديث ، ومحمد بن الحسن أكثرهم فروعاً واستنباطاً . وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه . وقد أكره زفر على أن يلى القضاء فأبى واختفى مدة فهدم منزله ثم خرج وأصلح منزله ثم أكره وهدم منزله ولم يقبله . وقد مات بالبصرة سنة ١٥٨ هـ فهو أسبق أصحاب أبي حنيفة موتاً .

(٢) انظر ص ٦٥ و ٦٦ البدائع جزء ٧ « أما ركن السرقة فهو الأخذ على سبيل الاستخفاء والأخذ على وجه الاستخفاء نوعان : مباشرة وتسبب » .

أما المباشرة فهو أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه حتى لو دخل الحرز وأخذ متاعاً فحملة أو لم يحمله ، حتى ظهر عليه وهو في الحرز قبل أن يخرج ، فلا قطع عليه ، لأن الأخذ لإثبات اليد ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحرز ولم يوجد . وإن رمى به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل أن يخرج هو من الحرز ، فلا قطع عليه ، لأن يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فإن لم يظهر عليه حتى خرج وأخذ ما كان رمى به خارج الحرز ، يقطع .

ولو رمى به إلى صاحب له خارج الحرز فأخذه المرمى له ، فلا قطع على واحد منها ، أما الخارج فلائنه لم يوجد منه الأخذ من الحرز ، وأما الداخل فلائنه لم يوجد منه الإخراج من الحرز لثبوت يده الخارج عليه . السارق إذا نقب منزلاً وأدخل يده وأخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع . ذكر في الأصل وفي الجامع الصغير أنه لا يقطع ولم يحك خلافاً . وقال أبو يوسف في الاملاء : أقطع ولا أبالي دخل الحرز أو لم يدخل .

وعلى هذا الخلاف إذا نقب وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وأدخل يده فدفع . وجه قوله إن الركن في السرقة هو الأخذ من الحرز ، فأما الدخول في الحرز فليس بركن ألا ترى أنه لو أدخل يده في الصندوق أو في الجوائق وأخرج المتاع يقطع وإن لم يوجد الدخول . ولها ما روى عن سيدنا على رضي الله عنه أنه قال وإذا كان اللص ظريفاً لم يقطع ، وقيل كيف يكون ظريفاً ، قال يدخل يده إلى الدار ويمكته دخولها . ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً . ولأن هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لأن به تتكامل الجنائية ، ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول إلا بالدخول ولم يوجد بخلاف الأخذ من الصندوق والجوائق لأن هتكهما بالدخول معتذر ، فكان الأخذ بادخال اليد فيهما هتكاً متكاملًا ، فيقطع . ولو أخرج السارق المتاع من =

كما أن هذا الركن يسقط بالإذن بالدخول . فلو أذن لصيف بالدخول فسرق لا يقطع .

كذا لو سرق أحد الزوجين من الآخر ، أو سرق العبد من سيده ، أو زوجة سيده ، أو زوج سيده لا يقطع لوجود الإذن السابق بالدخول . وسنتكلم عن ذلك بالتفصيل فيما بعد .

* * *

مما تقدم نستطيع أن نستخلص النتائج الآتية :
أولاً : أن الخفية شرط جوهري لاكتمال الركن الأول من أركان جريمة السرقة^(١).

= بعض بيوت الدار إلى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار، لأن الدار مع اختلاف بيوتها سرز واحد .

فلم يكن الإخراج إلى صحن الدار إخراجاً من الحرز ، بل هو نقل من بعض الحرز إلى البعض بمنزلة النقل من زاوية إلى زاوية أخرى . ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلاً حتى سرق منه متاعه يقطع ، لأنه إن لم يوجد الأخذ على سبيل الاستخفاء من المالك فقد وجد من الناس لأن الفتش لا يلحق لكونه وقت نوم وغفلة ، فتحققت السرقة والله تعالى أعلم .

وأما التسبب فهو أن يدخل جماعة من العصوص منزل رجل ويأخذوا متاعاً ويحملوه على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل . فالقياس ألا يقطع إلا الحامل خاصة وهو قول زفر . وفي الاستحسان يقطعون جميعاً . وجه القياس أن ركن السرقة لا يتم إلا بالإخراج من الحرز ، وذلك وجد منه مباشرة ، فأما غيره فعين له ، والحد يجب على المباشر لا على المعين كمحد الزنا والشرب . وجه الاستحسان أن الإخراج حصل من الكل معنى ، لأن الحامل لا يقدر على الإخراج إلا باعانة الباقيين وترصدهم للدفع ، فكان الإخراج من الكل من حيث المعنى ، ولهذا ألحق المعين بالمباشر في قطع الطريق وفي الغنينة كذا هذا . ولأن الحامل عامل لهم فكأنهم حملوا المتاع على حمار وساقوه حتى أخرجوه من الحرز ولأن السارق لا يسرق وحده عادة بل مع أصحابه ومن عادة السراق أنهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والإخراج بل يرصد البعض فلو جعل ذلك مانعاً من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة وهذا لا يجوز ولهذا ألحقت الإعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا .

(١) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين :

وهل العبرة في الخفية لزعم السارق أن رب الدار لم يعلم به أم لزعم أحدهما . وإن كان رب =

ثانياً : يضاف للخفية على أرجح الأقوال أن يكون الأخذ خفية من حرز سواء كان ذلك الحرز مكاناً أو حافطاً .

ثالثاً : اختلف الفقهاء في معنى الحرز إلا أنهم اتفقوا على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع ، وسواء كان داخل الحرز أو خارجه .

رابعاً : اختلف الفقهاء أيضاً في حرز المثل بمعنى أنه يلزم لكى تقطع يد السارق في جريمة السرقة أن يسرق من حرز المثل فالشاة والإبل والبقر حرزها الحظائر، والياقوت والماس والزبرجد حرزه المنازل والخزائن .

ومعيار الخلاف عندهم العرف والعادة ؛ أو الحقيقة . فرأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل لا يقطع باعتبار العرف والعادة . فحرز الشيء هو المكان الذى يحفظ فيه عادة والناس لا يحرسون الجواهر فى الإصطبل . ورأى يقرر أنه لو سرق اللؤلؤ من الإصطبل يقطع لأن حرز الشيء ما يحرس ذلك الشيء حقيقة ، والإصطبل حرز لشيء (١) .

* * *

وطالما وضح ذلك الفرق بين التشريعين ، التشريع الوضعى الذى يوسع فى مدلول كلمة الاختلاس، والتشريع الإسلامى الذى يضيق فى مفهومه إلى

= الدار فيه خلاف ويظهر ذلك فيما لو ظن السارق أن رب الدار علم به مع أنه لم يعلم فالحفية هنا فى زعم رب الدار لا فى زعم السارق .

ففى الزيلعى لا يقطع لأنه جهر فى زعمه وفى الخلاصة والمحيط والذخيرة يقطع اكتفاء بكونها خفية فى زعم أحدهما أما لو زعم اللص أنه لم يعلم به مع أنه عالم يقطع اكتفاء بزعم الخفية وكذا لو لم يعلم اتفاقاً وأما لو علما فلا قطع فالمسئلة رباعية أفاده فى البحر .

(١) انظر ص ٧٦ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٢١٨ الزيلعى جزء ٣ ، ٢٧٧ المذهب جزء ٢ ، ص ٢١٨ الأحكام السلطانية للماوردى . وانظر أحكام القرآن للجصاص ص ٥٠٩ ج ٢ .

أبعد حد - رحمة بالناس - فلا محل للبحث في تلك المشاكل التي واجهت
الفقه الغربي وهي :

- ١ - حالة السرقة من حرز مغلق مفتاحه مع الجاني^(١).
 - ٢ - حالات تسليم الشيء للمتهم عن خطأ أو عن غش منه أو اضطرار
أو تسليمه الشيء للاطلاع وفحصه ورده بالتالي .
 - ٣ - السرقة في البيوع التي تحصل بالنقد .
 - ٤ - السرقة في المصارفة أو المقايضة .
- ففي جميع هذه الأحوال وما يشابهها لا تكتمل أركان جريمة السرقة
في الفقه الإسلامي . وبالتالي تنتفي عقوبة قطع اليد .
- ومن البديهي أن الجاني في مثل هذه الأحوال يعاقب بالتعزير لسقوط
الحسد .

(١) من المسائل التي اختلف فيها النظر في الفقه الغربي حالة ما إذا كان الشيء موضوع
الاختلاس في حرز مغلق كأموال معينة في مخزن أو ملابس وحل في حقيبة أو دولا ب أو ما أشبه .
في مثل هذه الأحوال يعتبر عادة تسليم المفتاح ، مفتاح المخزن أو الحقيبة أو الدولا ب قرينة على
تسليم المنقولات الموجودة بداخل الحرز .

ولكن ما الحكم في الحالة العكسية أي إذا ما احتفظ المسلم بالمفتاح رغم تسليمه الحرز المغلق ،
هل يعتبر المسلم إليه سارقاً إذا ما اختلس شيئاً ما في داخل الحرز ؟ المسألة دعت إلى جدل طويل
وتضاربت فيها أحكام المحاكم الفرنسية فرأى البعض فيها خيانة أمانة وذُهِبَ ببعض الأحكام إلى
اعتبارها سرقة بسيطة ، وتغلب البعض فاعتبرها سرقة بكسر ، ويرى جارسون اعتبار هذه
الحالة سرقة .

ويرى الدكتور القليل أن الفعل تبديد . أما إذا كان الحرز قد نسي أو ترك سهواً أو قصداً
ولكن لا بقصد الوديعة فإن اختلاس ما بداخله لا شك يعد سرقة وذلك لعدم حصول تسليم ينفي
الاختلاس .

انظر فيما سبق ص ٢٣ من كتاب جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القليل طبعة سنة ١٩٤٣

ثانياً - سُبُبا منقولة :

اتفق الشراح على أن السرقة لا تتم إلا بأخذ الشيء ونقله من حيازة المحني عليه إلى حيازة الجاني ، وهذا لا ينطبق إلا على المنقولات . أما العقارات فلا تصلح محلاً للسرقة لأنه لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر .

والمراد بالمنقول أن يكون بحسب طبيعته منقولاً بصرف النظر عن الصفة القانونية التي قد يصفها به القانون المدني . فالعقارات بالاتصال بالشبابيك والأبواب وأحجار المناجم . وكذلك العقارات بالتخصيص كأدوات الزراعة وآلات المصانع كلها منقولات لأنها قابلة للنقل وبالتالي للسرقة .

ولا عبرة بقيمة الشيء المسروق فيعد سرقة اختلاس أى شيء منقول مهما كانت قيمته حتى ولو لم تكن سوى قيمة أدبية لا يقدرها سوى المحني عليه^(١).

والماء إذا احتازه الإنسان وأصبح بذلك ملكاً له يعد مالا قابلاً للسرقة^(٢). ففى كان المنقول يمكن تملكه يكون محلاً للسرقة ولذا لا يمكن أن يكون الإنسان موضوعاً . ولا يهم بعد ذلك أن تكون حيازة الشيء المسروق مباحة أو محرمة كالخشيش أو الأسلحة النارية غير المرخص بها كذلك استرداد ما ينحسر الشخص في لعب القمار بدون رضا من كسبه يعد سرقة .

كذلك الحقوق والالتزامات لا يمكن سرقتها وإنما يمكن سرقة المستندات المثبتة لها كالسندات والإيصالات .

(١) ص ٢٠١ الموسوعة الجنائية جزء ٥ جندى عبد الملك .

(٢) وقال في الموازية : ويقطع في كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره وكذلك الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمان والرماد إذا كانت قيمته نصاب وسرق من حرزه .

كذلك لا يكون موضوعاً للسرقة قوى الطبيعة التي ليس لها كيان مادي . ولا يمكن حيازتها كالحرارة والبرودة وضوء النهار .

• • •

أما الفقه الإسلامي فيبعد كثيراً عن هذه الأفكار وهو بهذا يتمشى مع منطقة في العقوبة، إذ أن شدة العقوبة استتبع كثرة القيود والشروط رعاية للعباد ودرءاً للحدود بالشبهات . ولذلك يلزم في الفقه الإسلامي أن يكون الشيء المسروق مالا بصفة عامة، وقد وضع لذلك الشرط أيضاً قيود عديدة ونبين ذلك : فقد اتفق الفقهاء على أن كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب في سرقة القطع . واختلفوا في أمور منها :

١ - الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

٢ - الأشياء مباحة الأصل أو النافهة .

٣ - الأشياء المحرمة في الإسلام .

٤ - الأطفال والعبيد .

٥ - الكتب والمصحف وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك .

فجميع هذه الأمور اختلف الفقهاء في جواز القطع فيها . كل طائفة لها رأى ، ونبحث الأمر في تفصيل لأهمية ذلك من الناحية العملية .

١ - الأشياء الرطبة المأكولة أو السريعة الفساد .

وهي كاللبن واللحم والفواكه الرطبة^(١) .

يرى أبو يوسف والشافعي - ومالك وأبو ثور^(٢) وروى عن الحنابلة

(١) انظر ص ٢٦١ من المفتي لابن قدامة جزء ١٠ .

« ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا يقطع لأن السرقة تمت على اللحم ولا يقطع فيه . قال بذلك الحنفية والثوري وعند الشافعي عليه القطع - كذا عند أحمد » .

(٢) هو إبراهيم بن خالد بن إيمان أبو ثور الكلبي البغدادي . أحد الشافعيين البغداديين -

أنه يقطع سارقها لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال : من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه . ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله . ومن سرق شيئاً بعد أن يأويه الجرين فبلغ ثمن الخن فعليه القطع^(١) . ويرى باقى الفقهاء أنه لا يقطع فى شيء من ذلك ويستدلون بالأدلة الآتية :

(١) حديث أخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى^(٢) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إني لا أقطع فى الطعام .

(ب) قوله عليه الصلاة والسلام « لا قطع فى ثمر ولا كثر » والكثر الجمار ، وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل .

(ج) بالنسبة لحديث عبدالله بن عمر السابق ذكره والذي يستدل به الشافعى على القطع يقولون إن الجرين هو المكان الذى يلقى فيه

« كان فقيهاً ورعاً . سئل الإمام أحمد بن حنبل عن مسألة فقال : سئل الفقهاء ، سئل أبا ثور . وقد صار له مذهب خاص مدون ، وأتباع لم يكثروا ولم تغل مدتهم وقد توفى سنة ٢٤٠ هـ ، وانظر ص ٢٢٧ جزء ١ من طبقات الشافعية .

(١) انظر ص ٢٤٧ من المنفى جزء ١٠ لابن قدامة .

وما عدا هذا من الأموال ففيه القطع سواء كان طعاماً أو ثياباً أو حيواناً أو أحجاراً أو قصباً أو صيداً أو نورة أو حصاً أو زرعاً أو توابعاً أو زجاجاً أو غيره . وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا قطع على سارق الطعام الرطب الذى يتسارع إليه الفساد كالفاكهة والخبز لقول الرسول لا قطع فى ثمر ولا كثر .

(٢) هو أبو سعيد الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصرى إمام أهل البصرة فى زمانه . من سادات التابعين وكبرائهم ، جمع كل علم وزهد وورع وعبادة ، مع فصاحة وفطنة ، وكان له مع الحجاج وقعات سلم من شرها ، ولد لستين بقيقاً من خلافة عمر ، وتوفى سنة ١١٠ هـ سئل عن ولاية يزيد بن معاوية فلم يستصوبها ، على حين أن الشعبي وابن سيرين لم يجرؤوا على إبداء رأيهما ، كان إذا ذكر عند أبي جعفر الباقر قال : ذاك الذى يشبه كلام الأنبياء .

انظر ص ١٢٨ جزء ١ ابن خلكان ، شذرات الذهب جزء ١ ص ١٣٦ .

الرطب ليحف . أما الشافعي فيقول أن ما يأويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة وفيه القطع^(١).

٢ - الأشياء مباحة الأصل :

اختلف الفقهاء في الأشياء التي أصلها مباح كالأسماك والطيور، ويدخل في السمك أنواعه المختلفة ما كان منها طرياً أو مالحاً . وفي الطير الدجاج والبط والحمام .

وقد روى عن عبدالله بن يسار قال : أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فأراد أن يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن : قال عثمان : لا قطع في الطير . وفي رواية أخرى أن عمر بن عبد العزيز استفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال : ما رأيت أحداً قطع في الطير . وما عليه في ذلك قطع فكره عمر^(٢) وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد وأصحابهما ويحتجون بحديث الرسول عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاثة : الماء والكلاء والنار » أثبت فيه شركة عامة فإذا انتفت الشركة بالإحراز حقيقة تورث شبهة وهي دائرة للحد كمال بيت المال .

وقوله عليه الصلاة والسلام : « الصيد لمن أخذه » يورث شبهة، وإذا ثبتت الشبهة في هذه الأشياء وهي توجد مباحة في دار الإسلام فكذلك أمثالها^(٣)

(١) انظر ص ٢٢٧ فتح القدير ، ص ٢٨٠ المهذب جزء ٢ ، ص ٢١٥ الزيلعي جزء ٣ ، ٥١٦ جزء ٢ الجصاص .

(٢) انظر ص ٢١٧ من فتح القدير جزء ٤ ، وانظر ص ٣٣٣ المحلى لابن حزم ، الزيلعي جزء ٣ ص ٢١٥ .

(٣) قال الفقهاء : لا قطع في الكلب والفهد لأن جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن اختلاف الماء في مالية الكلب يورث شبهة . ولو كان على الكلب طوق . وانظر ص ٢١٥ الزيلعي جزء ٣ وانظر في سرقة الماء والثلج ص ٢٤٧ المغني جزء ١٠ . انظر ص ١٥٦ جزء ٧ المتقى .

وقال بعض الفقهاء منهم مالك والشافعي وأصحابهما يقطع في ذلك إذا سرق من حرز فقد سرق مالا متقوماً من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الإسلام مباحاً لا تأثير له كالفيروز والذهب والفضة . وقال بعض الفقهاء : الطير المعتبر مباحاً ، هو الذي يكون صيداً سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لأنه بمعنى الأهلي .

ولا يقطع في النورة ونحوها لما ورد عن عائشة قالت لم يكن يقطع السارق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه الحقيق فكل ما كان تافهاً مباح الأصل فلا قطع فيه ، والزرنينج والحصى والنورة ونحوها تافهة مباحة الأصل لأن أكثر الناس يتركونه في موضعه مع إمكان القدرة عليه^(١).

٣ - الأشياء المحرمة في الإسلام :

كالخمر والخنزير لأن المسلم غير مباح له الانتفاع بهما وملكيته لهما ملكية غير محترمة ، لا غرم على من أتلّفهما في يده فهو مال غير متقوم ولذلك فلا قطع على سارقها^(٢).

(١) انظر ص ٥١٧ جزء ٢ الجصاص : والنورة هي أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنينج وغيره وتستعمل لإزالة الشعر .

(٢) انظر ص ٢٢٧ من كتاب الذخيرة جزء ٨ .

لا قطع في خمر ولا خنزير وإن كان لدى سرقه مسلم أو ذمي . وللدّمي قيمته . قال ابن يونس قال عبد الملك لا قيمة فيما حرم الله تعالى وفيه الأدب . ولا قطع في كلب الصيد لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم غرم ثمنه ، ولا في جلد الميتة وإن دبغ ، قال مالك لا يقطع في كلب الصيد . وقال أشهب يقطع في كلب الصيد والماشية وهو على الخلاف في جواز بيعه . قال ابن حبيب إن سرق الأضحية قبل الذبح قطع وبعدة لا قطع لأنها لا تباع وإن سرق لحنها عن تصديق عليه قطع وإن سرق مزماراً أو غيره من آلات الطرب وقيمتها بعد الكسر نصاب قطع وإلا فلا : سرقه مسلم أو ذمي من مسلم أو ذمي لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها وإن كان فيها فسة نصاب حل بها قطع . وإن سرق دفاً قيمته صحيحاً نصاب قطع للرخصة في اللعب به قال اللخمي ما جاز بيعه وملكوه قطع به . وما لا يجوز بيعه ولا ملكه لا يقطع فيها . وما يجوز ملكه دون بيعه قطع ابن القاسم فيه دون أشهب . وقطع أشهب في لحم الأضحية بعد الذبح لأن المنع من بيعها لحق =

كذلك قالوا : لا تقطع على من يسرق الطنبور ونحوه من آلات الملامى
بلا خلاف أيضاً لعدم تقومها .

إنما اختلفوا فى الأشربة المطربة ، أى المسكرة ، خلاف نبيذ العنب ،
فقال الأئمة الثلاثة إن سارقها لا يقطع كسارق الخمر ، وقال الحنفية : إنه إن
كان الشراب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد فلا يقطع وإن كان مرراً ،
فإن كان خمرراً فلا قيمة لها ، وإن كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم
يكن فى معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع
وجوب الدرء بالشبهة ، ولأن السارق يحمل حاله على أنه يتأول فيها الإراقة
فتثبت شبهة الإباحة بآزالة المنكر (١).

ومن سرق كلباً نهى عن اتخاذه لم يقطع ، واختلف فيه إذا كان كلب
صيد أو ماشية ، فقد قال أشهب يقطع وإن كنت أنهى عن بيعه ، وقال ابن القاسم
لا قطع فى كلب لصيد ولا لغيره .

٤ - سرقة الطفل والعبد :

لا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلى لأن الحر ليس بمال
وما عليه من الحلى تبع له .

وقال أبو يوسف يقطع إذا بلغ ما عليه نصاباً لأنه يجب الققطع بسرقة
وحده فكذلك مع غيره . والخلاف فى صبي لا يمشى ولا يتكلم .

= الله تعالى فأشبهه حجارة المسجد . وقال أشهب يقوم البازى (الصقر) ، غير المعلم والمشهور
أرجع إلا أن يراد الله ، ولو قصد بالحمام حمل الأخبار لا للهو قوم عليه معلمه .
وانظر ص ٢٨٢ المغنى جزء ١٠ .

قال عطاء إن سارق خمر الذى يقطع وإن كان مسلماً لأنه مال لم أشبه ما لو سرق دراهمهم .
وانظر ص ٣٥ : من الحلى لابن حزم الجزء ١١ ورأيه أن لا عقوبة على سارق الخمر
(١) انظر ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .

لأنه لو كان يمشى ويتكلم ويميز لا يقطع إجماعاً لأنه في يد نفسه فكان أخذه خداعاً ولا قطع في الخداع .

أما سارق العبد الصغير فيقطع لأنه مال متقوم . قال ابن المنذر : إن الإجماع انعقد على ذلك مع أن أبا يوسف استحسّن عدم القطع لأنه مال من وجه وأدى من وجه آخر فصار كونه آدمياً شبهة في ماليته فيندرى الحد .

أما سارق العبد الكبير المميز المعبر عن نفسه فلا يقطع أيضاً إلا إذا كان نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ يقطع ، ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره باقي الفقهاء^(١).

هـ - سرقة الكتب وقناديل المساجد وأبوابها وأمثال ذلك :

والمقصود الأشياء التي لها قيمة مادية وإنما قيمتها المعنوية هي المقصودة كالمصحف والكتب وأستار الكعبة وغيرها .

فقال الشافعي إنه يقطع لسرقته ذلك لأنها أموال متقومة يجوز بيعها . وقال بذلك أيضاً مالك وأبو يوسف - وهو ظاهر كلام أحمد . ويقطع أيضاً في رأيهم إن كانت هذه الأشياء محلاة بحلية ، بلغت نصاباً .

وحجة من لا يرى القطع أن الآخذ للكتب يتأول في أخذها القراءة والنظر فيها ولأنه لا مالية لها على اعتبار المكتوب ، وإحرازها لأجلها لا للجلد والأوراق والحلية إنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر والآنية تربو على النصاب ، وكمن سرق صبيّاً وعليه حلى كثيرة لا يقطع لأن المقصود ليس المال^(٢).

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨١ المذهب للشيرازي جزء ٢ ، ص ٢٢٩ فتح القدير جزء ٤ .
وعلى هذا الخلاف إذا سرق إناء فيه نبيذ أو ثريد أو كلب عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة . وعند أبي حنيفة ومحمد أن الإناء تابع وإذا لم يجب في المتبوع القطع لم يجب في التابع .

قال في المبسوط : « ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وإن كان يعلم فعلية القطع — وعن أبي يوسف عليه القطع في الأحوال كلها ، لأن سرقة تمت في نصاب كامل » .

وعند من يرى عدم القطع في الكتب يقول إن المقصود منها ما فيها وليس بمال إلا في دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الأوراق وهو مال متقوم فإذا بلغ قيمته نصاباً يقطع .

ولا يقطع بسرقة شيء كان قد سرقه من قبل وتقطع فيه إذا لم يتغير عن حالته الأولى وإن تغير بأن كان غزلاً فسرقة فتقطع فيه ثم رده إلى صاحبه

= وانظر ص ٢٣١ فتح القدير جزء ٤ .

انظر ص ٢٥٥ من المغني جزء ١٠ .

وإن سرق باب مسجد منصوباً أو باب الكعبة المنسوب أو سرق من سقفه شيئاً أو تأزيره فقيه وجهان :

(أحدهما) عليه القطع وهو مذهب الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر لأنه سرق نصاباً محرزاً بمحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الأدي .

(والثاني) لا قطع عليه وهو قول أصحاب الرأي لأنه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجهاً واحداً لكونه ممن ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال ، وقال أحمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجية منها ، وقال القاضي هذا محمول على ما ليست بمخيلة لأنها إنما تحرز بخياطتها ، وقال أبو حنيفة لا قطع فيها بمال .

وانظر ص ٢٣٠ من الأخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .

احتج من يقول بعدم القطع في المصحف بأنه يمتنع بيحه فهو كالكولد — ولأن فيه شبهة لأن عليه أن يتعلم القرآن فيتعلمه منه أو رأى فيه لحناً فأخذه ليصلحه والجواب عن الأول أنه يجوز بيحه . وعن الثاني لا نسلم أن المصحف يمين التعليم منه .

وعن الثالث لا نسلم أن اللحن يبيح أخذه بل يقول له فيه لحن فأصلحه .

وفي ص ٢٣٦ من نفس المرجع .

قال أشهب لا قطع في حصر المسجد وقناديله وبلاطه للأذن في الدخول . ويقطع في القمح الذي يجمع في المسجد من زكاة الفطر وإن لم يخرج به قاله مالك .

ففسجه أو نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانياً، والقياس أن يقطع وإن لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله صلى الله عليه وسلم : « فإن عاد فاقطعوه » من غير فصل ولأنه سرق معصوماً كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالأول ، بل أولى^(١).

* * *

شروط النصاب :

جمهور الفقهاء على اشتراط نصاب معين في جريمة السرقة، إلا ما روى عن الحسن البصري والحوارج^(٢) وطائفة من المتكلمين من أن القطع في قليل المسروق وكثيره .

-
- (١) انظر ص ٢١٩ جزء ٣ الزيلعي .
 (٢) يرى الحوارج أن تحكيم على في خلافه مع معاوية خطأ فالتحكيم شك والشك لا يتفق مع الإيمان .
 وقد أبوا أن يرجعوا إلى على إلا بشرطين :
 ١ - أن يقر على نفسه بالخطأ ، بل بالكفر لقوله التحكيم .
 ٢ - أن ينقض ما أبرم مع معاوية من شروط .
 ولما لم يوافق على مطالبهم انشقوا عليه نهائياً وأمروا عليهم عبدالله بن وهب وتم لم يقتل على . وأشهر ثنائهم :
 ١ - قولهم بكفر من ارتكب ذنباً واستتبع ذلك عندهم بكفر عثمان لعدم سيره سيرة أبي بكر وعمر ويكفرون علياً ومعاوية وأبا موسى وابن العاص لاشتراكهم في فكرة التحكيم .
 ٢ - يوجبون الخروج على الإمام الجائر .
 ٣ - الخلافة ليست لشخص معين ولو لم يكن قرشياً أو عربياً .
 ٤ - اعتبارهم أن الأعمال من صلاة وصيام وزكاة وسواها جزء من الإيمان فلا يتحقق إيمان المرء بالتصديق القلبي ، ولا بالإقرار اللساني بل لا بد من الأعمال كلها ، وكانوا كثيراً ما ينقسمون لخلاف يقوم بين بعضهم وبعض في هذه التعاليم .
 ومن ميزات بعض فرقهم التشدد في العبادة وإخلاصهم لعقيدتهم ولولا أنهم أخطأوا السبيل وتمادوا على ذلك لكانوا خير مثل للمجاهدة في سبيل الله ، انظر ص ١٤٨ تاريخ التشريع الإسلامي لبعض علماء الأزره .

- ١ - لعموم قوله تعالى : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » .
 - ٢ - حديث أبي هريرة . أخرجه البخارى ومسلم « لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده »^(١) .
- وقد اختلف القائلون بشرط النصاب إلى فرق عديدة أهمها فرقتان :

الفرقة الأولى :

فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم . وقد أوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب . واختلفوا فيما تقوم به سائر الأشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة .

فقال مالك في المشهور : تقوم بالدراهم لا بالربع دينار . . وقال أحمد بذلك .

وقال الشافعى والأوزاعى^(٢) وداود^(٣) الأصل في التقويم هو ربع الدينار . وعمدة قول فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم .

الفرقة الثانية :

فقهاء العراق « النصاب الذى يجب القطع فيه هو عشرة دراهم لا يجب في أقل منه » .

(١) انظر رواية البخارى ص ٢٨٢ عمدة القارى .

(٢) !الأوزاعى هو الإمام أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الشافى كان يسكن دمشق ، ثم تحول إلى بيروت فسكنها حتى مات بها سنة ١٥٧ هـ . والأوزاع قرية بدمشق روى عن عطاء والزهرى وغيرهم ، وروى عنه أكابر المحدثين ، وقد أخذ عن مالك كما أخذ مالك عنه كاثت إليه فتوى أهل الشام ، وكان يكره القياس .

(٣) هو أبو سليمان داود بن حل بن خلف الأصمى المشهور بـداود الظاهرى لمتسكه بظاهر الكتاب والسنة ، روى عن إسحق وأبي ثور وغيرهما ، نفى القياس ولد بالكوفة سنة ٢٠٠ هـ وتوفى ببغداد سنة ٢٧٠ هـ .

وقالت فرقة منهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة : لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم .

وقال آخرون بأقل من ذلك .

وعدة قول فقهاء العراق حديث ابن عمر المذكور . ولكنهم قالوا إن قيمة المخن هو عشرة دراهم .

وروى ذلك محمد بن اسحق عن أيوب عن عطاء^(١) عن ابن عباس^(٢) قال : كان ثمن المخن على عهد رسول الله عشرة دراهم .

وإذا وجد الخلاف في ثمن المخن^(٣) وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين .

وقد وجدنا في الفقه الإسلامي في هذا الخصوص خلافاً واسعاً نستخلص منه :

١ - لم يتفق الفقهاء على رأى بخصوص الحد الأدنى الذى يقطع به .

٢ - إن المشرع الوضعى الحالى لو حدد نصاباً معيناً للقطع بالنسبة لجريمة السرقة بحسب ظروف البيئة وقيمة العملة بالنسبة للعهد الحاضر فإن هذا التحديد شرعى^(٤).

(١) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح مفتى أهل مكة ومحدثهم ولد في خلافة عثمان ، سبع عاتشة وأبا هريرة وابن عباس وروى عنه ابن جريج والأوزاعي وأبو حنيفة وجريير بن حازم ، قال أبو حنيفة : ما رأيت أحداً أفضل من عطاء ، وقال ابن جريج : كان فراشه المسجد عشرين سنة . توفي سنة ١١٤ هـ .

(٢) هو عبدالله بن عباس ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقال له الهبر والبحر لكثرة علمه ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنوات ولما أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمه إلى صدره وقال : اللهم فقهه في الدين وعلمه التأويل ، وفي رواية وعلمه الحكمة ، وهو أحد العبادة الأربعة وهم : عبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عمرو بن العاص ، وعبدالله بن مسعود . قال ابن مسعود : ترجمان القرآن ابن عباس ، وكان ابن عمر يقول : ابن عباس أعلم أمة محمد بما نزل على محمد ، استعمله على حل البصرة توفي بالطائف سنة ٦٨ هـ عن واحد وسبعين عاماً .

(٣) المخن هو ما يتقى به في الحرب .

(٤) انظر كتاب العقوبة في الفقه الإسلامي ص ٩٣ للمؤلف ، وانظر ص ٥٠٥ جزء ٢

أحكام القرآن للجصاص . وانظر ص ١٣٨ جزء ٩ المبسوط .

وقد اختلف الفقهاء فى أمور منها :

١ - إذا سرق الجماعة نصاباً واحداً يجب فيه القطع دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصاباً وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً ، قال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور - فقد رأوا العقوبة إما تتعلق بقدر المال المسروق .

وقال أبو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً ، بحجة أنه لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة^(١) . أما إذا سرق الرجل ثوباً يساوى عشرة من رجلين قطع ، لأن المسروق نصاب كامل فلا يختلف قصد السارق بتعدد المسروق منه^(٢) .

ويجب أن يكون النصاب المسروق من الأموال الجيدة فإذا سرق زيوناً فلا قطع إلا أن تكون كثيرة قيمتها نصاب من الأموال الجيدة^(٣) .

٢ - متى يقدر ثمن المسروق الموجب للقطع ، هل وقت السرقة أم وقت الحكم عليه بالقطع ؟

قال مالك يوم السرقة ، وبه قال الشافعية والحنابلة^(٤) .

(١) انظر ص ٢٧٧ المذهب للشيرازى .

إذا نهب حرزاً وسرق منه ثمن دينار ثم عاد وسرق ثمناً آخر ففيه ثلاثة أوجه : أحدها . وهو قول أبى العباس أنه يجب القطع لأنه سرق نصاباً من حرز مثله فوجب عليه القطع كما لو سرقه فى دفعة واحدة .

والثانى : وهو قول أبى اسحاق أنه لا يجب القطع لأنه سرق تمام النصاب من حرز مهتوك . والثالث : وهو قول أبى على ابن خيران أنه إن عاد وسرق الثمن الثانى بعد ما اشتهر هتك الحرز لم يقطع لأنه سرق من حرز اشتهر خرابه وإن سرق قبل أن يشتهر خرابه قطع لأنه سرق من قبل تلهو خرابه . انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ١٤٣ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ٢٩٨ جزء ٣ ابن عابدين .

(٤) انظر ص ١٣١ جزء ٨ الأمام للشافعى ويوضح رأى الشافعية وهو أن السرقة تقوم يوم السرقة لا يوم القطع .

قال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع^(١).
فإذا أشكل على الإمام قيمة المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم أدنى ؛ لم يقطع لأن كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه، وقد بينا حديث عمر حين قضى بالقطع على السارق فقال عثمان رضى الله عنه سرقة لا تساوى إلا ثمانية دراهم فدرأ عنه القطع^(٢).

ثالثاً - مملوك للغير :

يجب أن يكون المال موضوع السرقة مملوكاً لشخص ما غير المتهم ولو كان مجهولاً، فإن كان المال مباحاً أو متروكاً فلا عقاب على سارقه . فالأموال المباحة هي التي لا مالك لها ، ويجوز أن تكون ملكاً لأول واضع يد عليها كالطيور البرية والكلاب والقطط التي لا مالك لها والأسماك في البحر ورمال الصحراء والأحجار التي في الجبال طالما أنه لم يحجزها أحد .

(١) انظر ص ٢٢٤ من الذخيرة جزء ٨ النسخة المخطوطة .
يقوم السرقة أهل العدل والنظر فإن اختلفوا واجتمع عدلان قطع وإلا فلا يقطع برجل واحد لعظم شأن الحدود - قال الطرطوشي قال مالك : تعتبر القيمة يوم السرقة لا يوم القطع . فإن تعارض في التقويم عدلان وعدلان حكم بأقربهما إلى السداد . ووافقنا الشافعي وقال أبو حنيفة : إن نقصت قبل القطع امتنع القطع ووافقنا على أنه إن نقصت بإهلاك بعضها أو هلاكها لا يسقط القطع ومنشأ الخلاف النظر إلى حالة النهاية لأنه لو رجع الشهود بطل القطع ونحن نعتبر حال الابتداء بدليل النقصان من العين في ذاتها . لنا الآية والأخبار المتقدمة في النصاب .
وانظر أيضاً ص ٢٧٨ من المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٧٨ جزء ٩ المبسوط ، وانظر ص ٢٩٦ جزء ٤ الشرح الكبير :
ويقطع إن سرق النصاب وقت إخراجه من حرز مثله لا قبله أو بعده ولو ذبحه أو أفسده في حرزه فنقص فأخرجه لم يقطع كما لو كان وقت الإخراج لا يساويها ثم حصل غلاء كما أنه يقطع إن ساواها وقته ثم حصل رخص - وتعتبر القيمة بالبلد التي بها السرقة ولو كانت قيمته أقل منها في غير بلد السرقة - كما أنه لا يقطع إن كانت قيمته في بلد السرقة أقل من النصاب - وقيمتها في البلد الأخرى أكثر .

والأشياء المتروكة هي الأشياء التي تخلى مالکها عن حيازته لها كفضلات الطعام والملابس والأمتعة التي يلقى بها صاحبها تخلصاً منها .

يلزم إذن أن يكون المسروق مملوكاً لشخص ما ولو كان مالکه مجهولاً . فإذا كان مملوكاً وقت السرقة للمتهم لا يعد سارقاً ولو لم يكن الشيء في حيازته . فالمدين الرهن الذي يسترد ماله المرهون من الدائن رغم إرادته والمؤجر الذي يسترجع ماله المؤجر عنوة ، ورغم استيفائه الإيجار مقدماً والمودع الذي يأخذ وديعته خلسة رغم ما للمودع عليها من حق في الحبس لقاء ما تكبده من المصاريف — في كل هذه الأحوال وما إليها لا يعتبر فعل المالك سرقة ولو التجأ للعنف .

وبالعكس يعتبر الشخص سارقاً إذا استولى على مال غيره ولو كانت له حقوق قبل ذلك الغير وأخذ ذلك المال مقابل تلك الحقوق^(١).

أما إذا اختلس الشخص شيئاً مملوكاً له مع آخر على الشيوع يعتبر سارقاً بشرط أن لا يكون الشيء في حيازته وإلا اعتبر مبدداً .

هذا هو الحكم في التشريع الوضعي باختصار، ونبحث الآن في الوضع في الفقه الإسلامي .

* * *

يلزم في الفقه الإسلامي أن يكون المال المسروق مملوكاً للغير . فإن كان في الملك شبهة اختلف الفقهاء^(٢).

ومدار الخلاف عندهم أن يكون للشخص شبهة الملك في المال المسروق

(١) انظر ص ٥٢ جرائم الأموال للدكتور محمد مصطفى القلي .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٤ الدسوقي .

ويلزم أن يكون المال المسروق مملوك للغير أي لغير السارق سواء كان ذلك الغير واحداً أو متعدداً فلا يشترط اتحاد المالك للنصاب واحتراز بذلك عما إذا سرق ملكه كما أشار إليه المصنف بقوله لا بسرقة ملكه من مرتين .

فإن كان له هذه الشبهة ولو ضعيفة لا يقطع على أساس أن المالك لا يسرق مال نفسه أو جزء مال نفسه فينتفى الركن .

وعلى هذا الأساس لا يعاقب بالقطع في الأمور الآتية :

١ - إذا سرق من بيت المال لأن له فيه شركة حقيقية أو شبهة شركة .
فلذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك الشبهة .

روى أن عاملاً لعمر رضى الله عنه كتب إليه عن سرق من بيت المال قال : لا تقطعه فما من أحد إلا وله فيه حق .

وروى الشعبي^(١) أن رجلاً سرق من بيت المال فبلغ علياً كرم الله وجهه فقال إن له فيه سهماً ولم يقطعه^(٢) .

وقد قال بذلك أيضاً أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما .

ويقول مالك : يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولأنه مال : محرز ولا حق له قبل الحاجة^(٣) وبهذا قال ابن حزم .

(١) هو أبو عمرو الكوفي الحميرى ولد في خلافة عمر سنة ١٧ هـ وروى عن أبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وعبد بن الصامت وشريح القاضي ، وكثير من الصحابة والتابعين قال أدركت خمسمائة من الصحابة قال ابن أبي ليل : كان الشمي صاحب آثار وكان النخعي صاحب قياس . ولى قضاء الكوفة فكان عادلاً لا يبخس في الحق لومة لائم .

(٢) انظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .

وإن كفن ميت بثوب من بيت المال فسرقة سارق قطع لأن بالتكفين به انقطع عنه حق سائر المسلمين . وإن سرق من غلة وقف على المسلمين لم يقطع لأن له فيه حقاً . وإن سرق فقير من غلة وقف على الفقراء لم يقطع لأن له فيه حقاً وإن سرق منها غنى قطع لأنه لا حق له فيها .

(٣) انظر ص ٢٣٥ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٣٠٨ حاشية المواق على الخطاب جزء ٦ .

أما مال بيت المال فيقطع سارقه وإن لم يزد ما أخذ عن النصاب .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ .

وانظر ص ٢٢٩ من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي ج ٨ مخطوط بدار الكتب .

وفي الجواهر يقطع سارق بيت المال والفنم، لحقارة ما يستحقه ولأن الملك لا يحصل إلا -

٢- إذا سرق من مدينه قدر دينه من نفس جنسه وكان الدين حالا لأنه استيفاء لدينه . وكان القياس أن يقطع إذا كان الدين مؤجلا . إلا أنه استحساناً لا يقطع لأنه ثابت في ذمة المدين والتأجيل كان لتأخير المطالبة .

أما إذا سرق من مدينه من خلاف جنس حقه فيفرق الفقهاء بين ما إذا كان نقداً فلا يقطع لأن النقتدين جنس واحد حكماً وإن كان عرضاً يقطع لأنه ليس باستيفاء وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالراضى .

ويرى أبو يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه (١)، (٢).

= بالقسمه، وللإمام صرف هذه العين عنه بالكليه ، ولم يقطعه عبد الملك إلا إن سرق ربيع دينار زائداً على سهمه لأنه له شبهه . . . قال سحنون يقطع في بيت المال مطلقاً .

وانظر ص ٣٢٨ من المهلى جزء ١١ لابن حزم .

وقال ابن حزم : إنما احتج من لم ير القطع في ذلك بمجتين :

إحداها أن له فيه نصاباً مشاعاً ، والثانية أنه قول صاحبين لا يعرف لها مخالف ، فإن هذا يلزم المالكيين المحتجين بمثل هذا إذا وافق أهواءهم ، التاركين له إذا اشتبها . وأما نحن فلا حجة عندنا في قول أحد دون رسول الله .

وأما احتجاجهم بأن له في ذلك نصاباً فهذا ليس حجة في إسقاط حد الله تعالى إذ ليست هذه القضية مما جاء به القرآن ولا ما صرح عن رسول الله ولا بما أجمعت عليه الأمة فلا حجة لهم في غير هذه العمدة الثلاث ، وكونه له في بيت المال وفي المغم نصيب لا يبيح له أخذ نصيب غيره لأنه حرام عليه بالإجماع .

وهم يدعون القياس وهم يقولون إن الحرام إذا امتزج مع الحلال فإنه كله حرام كالحمر مع

الماء ، ولحم الخنزير يذوق مع لحم الكلبش ، وغير هذا كثير ، ويرون الحد على من شرب خمرًا مزوجة بماء حلال ، فالفرق بينه وبين من سرق شيئاً بعضه له حلال وبعضه حرام لغيره ؟ ؟

وابن حزم هو أبو محمد على بن حزم الأندلسي كان موفور الحظ في العلوم على اختلافها

حاد اللهن زلق اللسان قوى الحجة ، ضرب بسهم وافر في الجدل والتأليف كان أول أمره شافعيًا

تم عدل إلى مذهب الظاهرية وأفرط في الانتصار له ، وله طريقة خاصة في الكتابة فهو يستعرض

المسائل في المذاهب الأربعة ثم يستخرج الحكمة ثم يبدى رأيه وأحياناً يناقش الأئمة مناقشة حادة

عرف بها أسلوبه ، حرقت كتبه في أشبيلية ، وقضى في السجن فترات متعاقبة . توفي سنة ٤٥٦ هـ .

(١ ، ٢) انظر ص ٢٨٢ المذهب جزء ٢ .

وإن كان له على رجل دين فسرقت من ماله فإن كان جاحداً له أو ماطلا له لم يقطع لأن له =

٣- لا يقطع المؤجر إذا سرق من المستأجر عند الشافعي وأبو يوسف ويقطع عند غيرهم^(١).

٤- لا يقطع من سرق ما أعاره لإنسان من بيت المستعير ولا من سرق رهنه من بيت المرتهن لأن ملك الرقبة لا يزال له فإن الثابت للمرتهن حق الحبس لا غير^(٢).

وفى قول ورد في المهذب :

« إن نقب المعير الدار المستعارة وسرق منها مالا للمستعير ففيه وجهان : أحدهما أنه لا يقطع لأن له أن يرجع في العارية فجعل النقب رجوعاً . والثاني وهو المنصوص أنه يقطع لأنه أحرز ماله بحرز حق^(٣) » .

٥- ولا يقطع من سرق من سارق قطع ، يعني إذا سرق رجل شيئاً فقطع به وبقي المسروق في يده وسرقه من السارق آخر لا يقطع الثاني لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك أو الأمين أو الضمين ولم يوجد شيء منها هنا إذ السارق الأول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين حتى

« أن يتوصل إلى أخذه بدينه ، وإن كان مقرراً قطع لأنه لا شبهة له في سرقة وإن غصب مالا فأحرزه في بيت فنقب المنصوب منه البيت وسرق مع ماله نصيباً من مال الغاصب ففيه ثلاثة أوجه : أحدهما : أنه لا يقطع لأنه هتك حرزاً كان له هتكه لأخذ ماله .

والثاني : أنه يقطع لأنه لما سرق مال الغاصب علم أنه قصد سرقة مال الغاصب .

والثالث : أنه إن كان ما سرقه متميزاً عن ماله قطع لأنه لا شبهة له في سرقة وإن كان مختلطاً بماله لم يقطع لأنه لا يتميز ما يجب فيه القطع عما لا يجب فيه فلم يقطع .

وانظر ص ٢١٨ جزء ٣ الزيلعي .

(١) انظر ص ٧٥ البدائع ج ٧ .

(٢) انظر ص ٧٥ المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٢٨٢ المهذب ج ٢ .

وإن غصب رجل مالا أو سرقة وأحرزه وجاء سارق فسرقه ففيه وجهان ، أحدهما : أنه

لا يقطع لأنه حرز لم يرضه مالكه ، والثاني أنه يقطع لأنه سرق مالا شبهة له فيه من حرز مثله .

لو أتلّفه لا بضمن كما سيأتى؛ بخلاف ما إذا سرق قبل القطع حيث يكون له ولرب المال القطع لأنه فى معنى الغاصب .

فإن بقى المسروق رد إلى صاحبه، أى سواء بقى بيد السارق أو غيره كما إذا باعه أو وهبه وسلمه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع^(١).

معنى الغير :

ولكن ما معنى الغير : وهل تتحد كلمة الغير فى الفقهاء الإسلامى والوضعى ؟

جاء فى صفحة ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :
« أنه لا بد فى القطع من كون النصاب مملوكاً لغير السارق، وأن يكون ذلك الغير يملكه بتمامه، وأن لا يكون للسارق فيه شبهة قوية بأن لا يكون له فيه شبهة أصلاً أو يكون له فيه شبهة ضعيفة » .

ومن هذا يعلم أن من ورث بعض النصاب قبل خروجه من الحوز وورث أخوه مثلاً باقيه لم يقطع . . ولكى يقطع لا بد أن يسرق فوق حقه نصاباً من جميع مال الشركة، ما سرق وما لم يسرق إن كان مثلياً ، كما إذا كان جملة المال المشترك بينهما اثنى عشر لكل منها ستة وسرق منه تسعة دراهم .

وأما إذا كان مقوماً كتياب يسرق منها ثوباً فالمعتبر أن يكون فيها سرق نصاب فوق حقه فى المسروق فقط .

فإذا كانت الشركة فى عروض فقط ككتب جعلتها تساوى اثنى عشر فسرق منها كتاباً معيناً يساوى ستة فيقطع لأن حقه فى نصف فقط ، فقد سرق فوق حقه فيه نصاباً . والفرق بين المثلى والقيمى حيث اعتبروا فى

(١) انظر ص ٢٢٩ جزء ٣ الزيلعى وانظر ص ٨٣ جزء ٢ مثلاً خسرو .

المثلث كون النصاب المسروق فوق حقه فيما سرق فقط . أن المقوم لما كان ليس له أخذ حظه منه إلا برضا صاحبه لاختلاف الأغراض في المقوم ، كان ما سرقه بعضه حظه وبعضه حظ صاحبه وما بقي كذلك . وأما المثلث فلما كان له أخذ حظه منه وإن أبي صاحبه ، لعدم اختلاف الأغراض فيه غالباً . فلم يتعين أن يكون ما أخذه منه مشتركاً بينهما وما بقي كذلك^(١) .

وفي هذا الصدد نبحث أموراً ثلاثة في الفقهاء الغربي والإسلامي :

١ - السرقة بين الأقارب .

٢ - الكنز المدفون .

٣ - الأشياء الضائعة أو الفاقدة .

أولاً - السرقة بين الأقارب :

نصت على الإعفاء المادة ٣٨٠ من قانون العقوبات الفرنسي التي يقولون إن أصلها يرجع إلى القانون الروماني . وكان حكمها مؤسساً على المبادئ التي كان يقوم عليها نظام الأسرة في ذلك العهد . فقد كانت الأسرة معتبرة كوحدة مدنية تفي في شخص رئيسها رب العائلة . وكان لأفراد الأسرة الواحدة حق شائع في أموال الأسرة .

أما الآن وقد زال أثر الشيوعية العائلية وحل بدلها نظام الملكية الفردية فقد أصبح من المتعين إسناد هذا الإعفاء إلى علة أخرى . وحكمة ذلك على ما جاء في حكم لمحكمة النقض والإبرام هي أن الشارع رأى أن يغتفر ما وقع بين أفراد الأسرة الواحدة من عدوان بعضهم على مال البعض الآخر وذلك حرصاً على سمعة الأسرة واستبقاء لصلوات الود القائمة بين أفرادها^(٢) .

(١) انظر ص ٢٩٩ جزء ٤ من حاشية الدسوق على الشرح الكبير للدردير .

(٢) انظر ص ٣٠٧ لخطاب جزء ٦ :

الشرط الثاني أن يكون مملوكاً لنير السارق فلو سرق ملك نفسه من المرتين أو المستأجر فلا قطع ولو طرأ الملك بآث قبل الخروج من الحرز فلا قطع وبعده لا يؤثر .

وكانت المادة ٣١٢ من قانون العقوبات المصرى تنص « على أنه لا يحكم بعقوبة ما على من يرتكب سرقة لإضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعهم » وقد عدلت المادة المذكورة بالقانون ٦٤ الصادر فى ١٥ يونيو سنة ١٩٤٧ وأصبحت تنص : « لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة لإضراراً بزوجه أو أصوله أو فروعهم إلا بناء على طلب المحنى عليه . وللمحنى عليه أن يتنازل عن دعواه فى أية حالة كانت عليها ، كما له أن يقف تنفيذ الحكم النهائى على الجانى فى أى وقت شاء » .

والغريب أن الشراح — والمصريين منهم — يتكلمون على أن أصل هذه المواد القانون الرومانى وخفى عليهم ما أفاض فيه الفقه الإسلامى منذ القدم فى هذا الخصوص . ولا نزال نقول بأن القانون الفرنسى قد أخذ ذلك الاستثناء من القوانين الإسلامية التى كانت تسود الأندلس ، ونستطيع أن نجمل آراء الفقهاء فى ذلك فى المسائل الآتية :

- ١ — السرقة بين الأزواج .
- ٢ — السرقة بين الأصول وفروعهم .
- ٣ — السرقة بين المحارم .

السرقة بين الأزواج :

يختلف الفقهاء فى السرقة التى تحدث بين الزوجين إلى آراء ثلاثة : أحدها : أنه يقطع السارق لأن النكاح عقد على النفقة فلا يسقط القطع فى السرقة كالإجارة .

والثانى : أنه لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج والزوج يملك أن يحجر عليها ويمنعها من التصرف على قول بعض الفقهاء فصار ذلك شبهة .

والثالث : أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة ولا تقطع الزوجة بسرقة

مال الزوج لأن للزوجة حقاً في مال الزوج بالنفقة وليس للزوج حق في مالها^(١)

السرق بين الأصول وفروعهم :

كذلك اختلف الفقهاء إلى آراء كثيرة في السرقات التي تقع بين الأصول وفروعهم أو بين الفروع وأصولهم .

١ - رأى للحنفية . . أن من سرق من أبويه وإن عليا أو الولد وإن سفلى لا يقطع للشبهة في مال كل منهما للآخر فلأب شبهة في مال الابن وللابن

(١) المذهب جزء ٢ ص ٢٨١ وانظر ص ٥٢٢ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وإذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر لم يقطع لوجود الإذن في الدخول عادة فاختل الحرز ، وإن سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافاً للشافعي في أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد ، وفي قول آخر كقولنا . وفي ثالث يقطع الرجل خاصة .

وانظر ص ١٧٠ الخراج .

وانظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

أحد الزوجين يسرق مال الآخر ، فقال مالك إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه ، وقال الشافعي : الاحتياط أن لا يقطع أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزني .

وانظر ص ٢٨٧ المغني جزء ١٠ لابن قدامة .

وانظر ص ٣٤٩ جزء ١١ لابن حزم .

وقد ناقش ابن حزم الفقهاء الذين اختلفوا في هذا الأمر وفند حججهم بطريقته الفذة ووصل

إلى النتيجة الآتية :

« فصح يقيناً أن القطع فرض واجب على الأب والأم إذا سرقا من مال ابنيهما وطلى الابن والبلت إذا سرقا من مال أبيهما وأمهما ما لم يبيع لهما أخذه وهكذا كل ذي رحم محرمه أو غير محرمه إذا سرق من مال ذي رحمه أو من غير ذي رحمه ما لم يبيع له أخذه بالقطع على كل واحد من الزوجين إذا سرقا من مال صاحبه ما لم يبيع له أخذه كالأجنبي ولا فرق إذا سرق ما لم يبيع وهو محسن أن أخذ ما أبيح له أخذه من حرز أو من غير حرز » .

وانظر ص ٧٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت أرأيت المرأة إذا سرق من مال زوجها هل تقطع ؟ قال : نعم إذا سرق من مال

زوجها في غير بيتها الذي تسكن فيه .

شبهة في مال الأب والإذن في الدخول في الخرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر . ولذلك منعت شهادته شرعاً ، ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك »^(١).

وبهذا الرأي قال الشافعي^(٢).

٢ - رأى لأبي ثور وابن المنذر . . أن الأب يقطع في سرقة مال ابنه لقوله عز وجل « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فعم ولم يخص^(٣).

٣ - رأى مالك . . أن الأب لا يقطع فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وكذلك الأجداد من قبل الأم والأب، وإن سرق الابن من مال أبيه قطع^(٤) لأنه لا حق له في مال أبيه ولذا يحد بالزنا بجاريته ويقتل بقتله^(٥).

(١) انظر ص ١٧ الخراج ٢ ، انظر ص ٢٢٨ فتح القدير جزء ٤

(٢) انظر ص ٢٨١ المذهب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٣٧٧ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٣٠٨ الخطاب جزء ٦ وهامشه المواق .

وانظر ص ٢٣٨ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ٢١٥ من المخطوط من كتاب الذخيرة لشهاب الدين القرافي جزء ٨ .

قال أشعبي : « إذا سرق الأب مع أجنبي مال الولد ما قيمته نصاب أو ما يقع على الأجنبي منه أكثر من ثلاثة دراهم لم يقطع الأجنبي لأن الأب قد أذن له بذلك شبهة ، وكذلك الأجنبي مع عبده أو أخيه الذي ائتمنته على بيتك لم يقطع واحد منهما » .

(٥) انظر ص ٣٤٥ جزء ١١ من المحلى لابن حزم .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم الفقهاء الذين قالوا باسقاط القطع على الوالد إذا سرق من مال ابنه مناقشة فقهية طويلة مدعمة بالأسانيد التي أوردناها نرجو الرجوع إليها لمن أراد أن يستزيد ، وفي النهاية وصل إلى النتيجة الآتية :

فصح أن القطع واجب على الأب والأم إذا سرقا مال ابنيهما ما لا حاجة بهما إليه ثم نظرنا في قول من احتج به من رأى اسقاط القطع عن الابن إذا سرق من مال أبويه وعن كل ذي رحم محرمة فوجدناهم يحتجون بقوله تعالى « ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم » ، الآية إلى قوله تعالى « أو صدقكم » .

السرقه بين المحارم :

اختلف الفقهاء كذلك في هذا الأمر إلى آراء .

- ١ - رأى مالك وهو القطع في السرقات التي تحدث فيما بين المحارم .
ورأى للشافعي والحنابلة وهو أنه يقطع في السرقة بين المحارم لأنه لا شبهة لهم في المال .
- ٢ - رأى لأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يقطع ذو الرحم المحرم لأن لهم دخول المنزل فهذا إذن من صاحبه يختل الحرز به ولأن القطع بسبب السرقة فعل يفرض إلى قطع الرحم وهذا لا يجوز^(١).

== قال : فإذا باحة الله تعالى الأكل من بيوت هؤلاء يقتضى إباحة دخول منازلهم بغير إذنه . فإذا جاز لهم دخول منازلهم بغير إذنه لم يكن ما لهم محرراً عنهم ولا يجب القطع في السرقة من غير حرز وقالوا أيضاً فإن إباحة الأكل من أموالهم تمنعهم من وجوب القطع لما لهم فيه من الحق كالشريك .

قال ابن حزم : ولا حجة لهم في شيء منه أصلاً فأما الآية فحق ولا دليل فيها على ما ذكروا فليس فيها إسقاط القطع على من سرق من هؤلاء لا بنص ولا بدليل وإنما فيها إباحة الأكل لا إباحة الأخذ بلا خلاف .

(١) انظر ص ٢٢٠ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى .

قوله : « وفي غير الولاء من الأقارب كالأخ والأخت والعم والخال فمندان لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع له ظاهر قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولأن ملك أحدهما مبين لملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل ولنا أن القطع لا يجب إلا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الإذن بالدخول فلا يبقى المال محرراً في حق السارق . ألا ترى إلى قوله تعالى « ليس على الأعمى حرج ولا على الأصم حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم » فإن قلت الآية تدل على إباحة الأكل لا إباحة الدخول . قلت الأكل في البيت لا يكون إلا بالدخول فيه فدل إباحة الأكل في البيت على إباحة الدخول فيه ومع إباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتاً فإن قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها « أو صديقكم » ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع . قلت لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقاً =

السرقات التي تحدث من الخدم :

عندما نبحث هذا الموضوع في الفقه الإسلامي يجدر بنا أن نعلم أن غالبية الخدم كانت من العبيد والعبد مملوك لسيده .
وقد اختلف الفقهاء في العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أن لا يقطع .
وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً .
وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأتّمه سيده .
واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدرأ عنه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه .
والشافعي مرة يشترط هذا ومرة لم يشترط .
وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة (١) .

بل كان عدواً بخلاف ما إذا سرق من أخيه أو صه أو خاله لا يقال لم تبق الأخوة أو العموية أو الخوالة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن آية السرقة فنقول أنها مخصوصة بالإجماع فقد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير الحرز ومال فيه شركة للمارق .
وانظر ص ٣٧٧ جزء ٢ بداية المجهّد .
وانظر ص ١٧٠ الخراج .
وانظر ص ٢٨١ المهذب جزء ٢ .
وانظر ص ٧٥ جزء ٧ من بدائع الصنائع .
ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المروق لا يقطع واحد منهم عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواء .
(١) انظر ص ٧٥ بدائع الصنائع جزء ٧ (ذكر في الموطأ أن عبدالله بن عمرو الحضرمي جاء إلى عمر رضى الله عنه بعد له فقال أقطع هذا فإنه سرق فقال : وما سرق ؟ قال امرأة لإمرأتى ثمها ستون درهماً . فقال سيدنا عمر رضى الله عنه : أرسله ليس عليه قطع . خادكم سرق متاعكم ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر فيكون إجماعاً ولا قطع على خادم قوم سرق متاعهم ولا أجبر سرق من موضع أذن له في دخوله) .
وانظر ص ٣٧٧ بداية المجهّد جزء ٢ ، الخراج ص ١٧٠ ، الماوردي ص ٢١٩ .
وانظر ص ٢٢ من الطرق الحكمة لابن القيم .

ثانياً - الكنز المدفون .

تكلم القانون الوضعي عن الكنز المدفون فنصت المادة ٨٧٢ من القانون المدني :

١ - الكنز المدفون أو الخبوء الذي لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته يكون لملك العقار الذي وجد فيه الكنز أو لملك رقبته .

٢ - والكنز الذي يعثر عليه في عين موقوفة ، يكون ملكاً خاصاً للواقف ولورثته .

فالكنز المدفون إن وجد في أرض لا مالك لها فهو ملك لمن وجده وإذا وجد في أرض مملوكة للغير فهو ملك لصاحب الأرض مع ملاحظة أن بعض الآثار القديمة تعتبر من أملاك الحكومة بحكم بعض القوانين الخاصة . وقد نصت المادة ١٤٩ من مرشد الخيران :

« من وجد في أرض من الأراضي المباحة كالجبال والمفاوز كنزاً مدفوناً وعليه علامة أو نقش عملة الجاهلية فله أربعة أخماس وخمس للحكومة . وإن كان عليه نقش من النقوش الإسلامية فهو ملك لملك الأرض التي وجد فيها إن ادعى ملكه وإلا فهو لقطه » .

وقد أفاض فقهاء الإسلام في أحكام الكنز المدفون وأهم آرائهم ترجع إلى أمرين :

١ - إن كان على الكنز شعار يدل على أنه دفن في العهد الإسلامي فيجوز عليها حكم اللقطة على ما سيجيء بعد . وهو أن يقوم الملتقط بتعريفها فإن عرفها مالکها أخذها وإن لم يعرف مالکها يتصلق بها على الفقراء أو يتفقها على نفسه إن كان محتاجاً .

٢ - إن كان عليها شعار يدل على أنها دفنت قبل الإسلام فن يجدها يعطى الخمس لبيت المال والباقي له .

٣- إن لم يتبين الكنز هل هو جاهلي أو إسلامي . اختلف رأى الفقهاء فبعضهم يقرر أنه إسلامي تجرى عليه أحكام الكنز الإسلامى وبعضهم يقرر أنه جاهلي تجرى عليه أحكام الكنز الجاهلي .
وفي الموضوع تفاصيل كثيرة من شاء أن يرجع إليها فليرجع إليها في مراجعها^(١).

ثالثاً - الأشياء الفاقدة أو الضائعة :

الأشياء الفاقدة هى أشياء مملوكة لشخص ما فقدت منه ولم يتخل صاحبها عن حيازته لها باختياره ورضاه .

وقد نظم المشرع المصرى حكم هذه الأشياء فأصدر لائحة في ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ لا تزال سارية للآن تنص المادة الأولى منها :

« كل من يعثر على شيء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه في الحال يجب عليه أن يسلمه أو يبلغ عنه إلى أقرب نقطة بوليس في المدن أو العمدة في القرى ، ويجب لإجراء التسليم أو التبليغ في ظرف ثلاثة أيام في المدن وثمانية أيام في القرى ومن لم يفعل ذلك يعاقب بدفع غرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش وضياع حقه في المكافأة المنصوص عليها في المادة الثالثة . فإذا كان حبس الشيء أو الحيوان مصحوباً بنية امتلاكه بطريق الغش فتقام الدعوى الجنائية المقررة لمثل هذه الحالة ، ولا يبقى هناك وجه للمحاكمة على المخالفة » .

• • •

ويحكم هذا الموضوع في الفقه الإسلامى أحاديث كثيرة أهمها :
« جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال :

(١) انظر كتاب الملكية ونظرية العقد لشيخ محمد أبو زهرة ص ١٣٢ .

وانظر كتاب الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢٨٢ .

اعرف وكاءها^(١) وعفاصها^(٢) ثم عرفها سنة ثم استمتع بها، فإن جاء ربها فأدها إليه، فقال: فضالة الإبل؟ فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: ومالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وترعى الشجر فذرهما حتى يلقاها ربها، قال: فضالة الغنم؟ قال: لك أو لأخيك أو للذئب» رواه البخاري ومسلم عن أبي بن كعب رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان من الأفضل الالتقاط أم الترك فقال أبو حنيفة الأفضل الالتقاط لأنه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال المسلم وبذلك قال الشافعي.

وقال مالك وآخرون منهم أحمد وابن عمر وابن عباس بكراهة الالتقاط لأمرين:

(أ) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ضالة المؤمن حرق النار.

(ب) ما يخاف من التقصير في التعريف بها.

واللقطة هي كل مال المسلم تعرض للضياع، كان ذلك في عامر الأرض أو غامرها والجناد والحيوان في ذلك سواء إلا الإبل. وانفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر، والنص عن الشافعي أنها كالإبل وعن مالك أنها كالغنم^(٣).

ولتتقط اللقطة يعرفها بالاتفاق ولكن ما الحكم بعد انقضاء السنة؟ لا يخلو الأمر من أن يكون غنياً أو فقيراً محتاجاً. فإن كان فقيراً محتاجاً كان له أن يأكله أو ينفقها. وإن كان غنياً كان له أن يتصدق بها.

(١) الوكاء الحبل الذى تشد به اللقطة.

(٢) العفاص الوعاء الذى فيه اللقطة.

(٣) ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد.

فإن جاء صاحبها كان مخيراً بين أن يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمه إليها^(١).

واختلفوا في الغنى ، هل له أن يأكلها أو ينفقها بعد السنة ؟

فقال مالك والشافعي وروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة أن له ذلك ، يستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام « فشأنك بها » .

ولم يفرق بين غنى وفقير .

وقال أبو حنيفة ليس للغنى إلا أن يتصدق بها ، وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجاعة من التابعين .

وقال الأوزاعي إن كانت اللقطة مالا كثيراً يسلم لبيت المال .

فإذا حضر شخص وادعى اللقطة فقد اتفق الفقهاء على أنها لا تسلم إليه إلا إذا عرف العفاص والكواء ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان يلزم فوق ذلك أن يقيم بيعة على ملكيته لها .

فقال مالك يستحق اللقطة بالتعريف ولا يحتاج إلى بيعة .

وقال أبو حنيفة والشافعي لا يستحقها إلا مع البيعة . وللفقهاء تفصيل كثير في ذلك الأمر .

أما ضالة الغنم فإن العلماء اتفقوا على أن من وجد ضالة الغنم في مكان بعيد عن العمران ولم يعرف صاحبها . فله أن يأكلها لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة « هي لك أو لأخيك أو للذئب » .

واختلفوا ، هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا ؟

فقال جمهور العلماء إنه يضمن قيمتها .

(١) قال بذلك الرأي مالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور . (ص ٢٥٦ بداية المجتهد جزء ١ لابن رشد) .

وقال مالك في أشهر الأقوال عنه إنه لا يضمن . ذلك إذا تعسر حملها أو سوقها إلى الغمران وخيف عليها وإلا ضمن^(١).

والبقر مثل الإبل في هذا الأمر، روى عن المنذر بن جرير قال : كنت مع أبي بالبوازيج بالسواد ، فراحت البقر ، فرأى بقرة أنكرها ، فقال ما هذه البقرة ؟ قالوا : بقرة لحقت بالبقر ، فأمر بها فطردت حتى توارت ثم قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يأوى الضالة إلا الضال » روى مالك أنه سمع ابن شهاب الزهري يقول :

كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تنتاج لا يمسا أحد، حتى إذا كان زمان عثمان أمر بتعريفها ثم تباع ، فإذا جاء صاحبها أعطى ثمنها^(٢). ويرى بعض المالكية أن ما فعله عثمان يوافق المصلحة العامة^(٣).

ورأى علي بن أبي طالب جواز التقاط الإبل حفظاً لها لصاحبها ولكنه رأى أنه قد يكون في بيعها وإعطاء ثمنها غرم عليه فرأى التقاطها والإنفاق عليها من بيت المال حتى إذا حضر صاحبها أعطيت إليه وقد قام الإمام علي بما قام لأنه فهم — وقد اتسعت رقعة الدولة — أن المصلحة العامة تقتضى ما فعل وإن خرج على ظاهر النص الذي ورد عن الرسول . وهكذا تتغير الأحكام بتغير الأزمان طالما هي في نطاق التشريع العام^(٤) فالإمام علي وإن خالف ظاهر النص تمشى مع علته .

ولذلك ، فإذا جاء المشرع الوضعي الآن ووضع نظاماً للأشياء الفاقدة أو الضائعة اقتضته طبيعة الأمور واتساع رقعة الدولة وازدياد العمران وانتشار المدنية بها — فهذا التشريع لا يتنافى مع أصول التشريع الإسلامى .

(١) ص ٢٥٨ بداية المجتهد لابن رشد .

(٢) الموطأ جزء ٢ ص ١٢٩ .

(٣) الصاوى على الشرح الصغير .

(٤) انظر ص ٨٥ من تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى .

سرقة مال الذمي والحربي :

ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذي، ويقطع الذمي بسرقة مالها وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً . فأما الحربي إذا دخل إلينا مستأمناً فسرقة فإنه يقطع أيضاً . وقال ابن حامد لا يقطع وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأنه حد لله تعالى فلا يقيم عليه كحد الزنا . وقد نص أحمد على أنه لا يقيم عليه حد الزنا ، وللشافعي قولان كالمذهبين .

ويقول صاحب المغني : ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف، يحققه أن القطع يجب صيانة للأموال وحد القذف يجب صيانة للأعراض فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر فأما حد الزنا فلم يجب لأنه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعن أبي حنيفة لا يجب ولنا أنه سرق مالا معصوماً من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمي ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الإسلام جارية عليه^(١).

رابعاً - القصد الجنائي :

جريمة السرقة من الجرائم العمدية ، فلا بد من توافر العمد أي القصد الجنائي وإن لم يرد لذلك ذكر في المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري في النص العربي إلا أن النص الفرنسي لتلك المادة جاء فيه أنه يعتبر سارقاً من يختلس Frauduleusement أي بسوء قصد .

والأصل في القصد الجنائي عموماً أنه يعتبر متوافراً متى ارتكب الجاني عن علم ، الفعل الذي يحرمه القانون بالصورة التي يعاقب بها . إلا أنه في جريمة السرقة لا يكفي أخذ الجاني للشيء مع علمه بأنه مملوك

(١) انظر ص ٢٧٦ جزء ١٠ المغني .

لغيره وبدون رضا صاحبه ، بل يجب أن يكون الاختلاس بنية تملكه^(١).
ولتوافر القصد الجنائي يجب :

١ - أن يعلم الجاني أنه يأخذ مالا مملوكاً لغيره - أما في المسائل الخلافية إذا كان حكم القانون المدني غامضاً فلا يعتبر الشخص سارقاً .
أما في المسائل الواضحة المقررة فلا محل للاعتذار بجهل القانون لتعذر التوفيق بين ادعاء الجهل وحسن النية^(٢).

٢ - أن يعلم الجاني أنه يأخذ المال بدون رضا صاحبه أو حائزه، فإذا كان يعتقد بحسن نية توافر هذا الرضاء ولو كان هذا الاعتقاد خاطئاً إلا أن الظروف تبرره ، فلا عقاب .

٣ - يجب أن يكون الاختلاس للمال بنية تملكه، وهذه هي النية الخاصة الواجب توافرها في جريمة السرقة . فقصد التملك شرط أساسي للعقاب فإذا انعدمت هذه النية سقطت الجريمة .

٤ - يجب أن يكون القصد الجنائي معاصراً للاختلاس ، فإذا كان الاستيلاء على الشيء بحسن نية ثم نشأ سوء القصد بعد ذلك فلا سرقة .
ذلك في الفقه الغربي .

فهل يتمشى ذلك في الفقه الإسلامي . وهل تلزم هذه الفروع لاكتمال الأركان وترتب قطع اليد ؟

ونهجاً على روح المشرع الإسلامي في التضييق من معنى هذه الجريمة الخطيرة لذلك الأثر الجسم المرتب على عقوبتها « قطع اليد »، نجد أن القصد الجنائي من أهم الأركان التي يلزم توافرها بطبيعة الحال .

(١) انظر ص ٥٦ من كتاب جرائم الأموال للدكتور للقللي ، ص ١٣١ من الموسوعة
جزء ٥ .

(٢) انظر ص ٦٤٢ أحمد بك أمين .

ورد في فتح القدير للكمال بن الهمام عند الكلام فيمن يسرق شيئاً تبعاً لشيء آخر .

« ولا يعتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع ، وكمن سرق صبيّاً وعليه حلى كثيرة لا يقطع ، لأن المقصود ليس المال » قال في المبسوط :

« ألا ترى أنه لو سرق ثوباً لا يساوى عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه ، وإن كان يعلم بها فعليه القطع . . . » فالسارق إنما قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به وإذا كان عالماً بالدرهم فقصدته أخذ الدرهم ، بخلاف ما إذا لم يعلمها فلن قصده الثوب وهو لا يساوى نصاباً . وقد تقدم مثله أنه إن كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدرهم قطع وإلا لا ، وهنا فرق بين العلم وعدمه ، فالخاصل أنه يعتبر بظهور قصد المسروق ، فإن كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع وإلا لا . وعلى هذا فثله العلم بالمصروع وعدمه صحيح ، إلا أن كونه يعلم أو لا يعلم وهو المدار في نفس الأمر لا يطلع عليه ولا يثبت إلا باقرار ، وما تقدم هو ما إذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فإنه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد إليه وذلك بأن يكون كيساً فيه الدراهم فلا يقبل قوله : لم أقصد . لم أعلم (١) .

وجاء في المهذب للشيرازي في تعريف السرقة (٢) :

« ومن سرق وهو بالغ عاقل مختار ألزم حكم الإسلام ، نصاباً من المال الذي يقصد إلى سرقة من حرز مثله ، لا شبهة له فيه ، وجب عليه القطع » .

(١) فتح القدير ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ جزء ٤ الزيلعي جزء ٣ ص ٢١٦ . وانظر ص ١٥٨ المنتقى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢٧٧ المهذب جزء ٢ للشيرازي .

وجاء في الخطاب^(١):

« قال ابن عرفة : السرقة، أخذ مكلف حرّاً لا يعقل لصغره ، أو مالا محترماً لغيره نصاباً ، أخرجه من حرز بقصد » .

كما جاء في مرجع آخر :

« وكذا كل ما سلط الشرع على كسره كزمار وطنبور وصنم، لأن إزالة المعصية مطلوبة شرعاً فصارت شبهة، لكن محل ذلك إن قصد بإخراجه تكسيه فإن قصد السرقة وبلغ ما كسره نصاباً قطع به لأنه سرق نصاباً من حرز مثله، كما لو كسره في الحرز ثم أخرجه وهو يبلغ نصاباً فإنه يقطع به كما يقطع بإناء الخمر إن بلغ نصاباً وقصد بإخراجه السرقة . فإن قصد بإخراجه لإراقة فلا قطع لأن ذلك مطلوب شرعاً^(٢) » .

مما قدمناه من نصوص يظهر بوضوح ضرورة توافر القصد الجنائي لإتمام أركان جريمة السرقة ، بل إن ذلك مذكور صراحة في النصوص التي قدمناها ، بل إن الأربعة الفروع التي رتبها شراح القانون الجنائي نكاد نلمسها من بين طيات ما ذكرنا فيما سبق وهو كون الجاني يعلم أن المال مملوك للغير وأنه يأخذه بدون رضاه بنية تملكه .

ونبحث في هذا الموضوع أمراً هاماً .

المجهل بالقانون :

جرى قول شراح الفقه الغربي على أنه لا يعذر أحد لجهله بالقانون ومع ذلك يرى فريق من الشراح أنه إذا كان الشخص في ظرف يستحيل فيه العلم بصدور قانون فلا يسأل إذا خالفه جهلاً منه بأحكامه . ويعطون

(١) ص ٣٠٦ جزء ٦ الخطاب .

(٢) انظر ص ٢٩٣ حاشية الباجوري على شرح ابن القاسم الفزى الشافعي طبعة سنة

١٣٠٣ هجرية بالمطبعة الشرقية .

مثلاً لهذه الحالة بالمحاصرين في قلعة إذا خرجوا منها وخالفوا قوانين صلدت في أثناء حصارهم وكان يستحيل عليهم العلم بها^(١).

أما في الفقه الإسلامي فالظاهر كما رأينا في بحث سابق لنا أن الجهل بالقانون يصلح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير، فمن جهل القانون وكان مقصراً في هذا الجهل، حوسب على جهله، ولم يعتد بخطئه. فالأصل أن الجهل بالقانون ليس بعذر ولا يكون عذراً إلا إذا قامت ملاسبات خاصة تنفي تهمة التقصير في جانب من يجهل القانون. وإذا كان هناك شيء من التساهل في الحدود، فذلك لأن الحدود تدرأ بالشبهات^(٢).

ورد في كتاب أحكام القرآن لابن العربي :

« شرط في السارق ستة معان ، منها :

العقل— لأن من لا يعقل لا يخاطب عقلاً ، والبلوغ— لأن من لم يبلغ لا يتوجه إليه الخطاب شرعاً ، وبلوغ الدعوة— لأن من كان حديث عهد بالإسلام ولم يثاقل^(٣) حتى يعرف الأحكام وادعى الجهل فيما أتى من السرقة والزنا وظهر صدقه ، لم تجب عليه عقوبة كالآب في مال ابنه » .

(١) انظر ص ٨٠ الموسوعة جزء ٣ والدكتور كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى ص ٢٨٠ .

(٢) انظر ص ١٥٥ مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري .
وانظر ص ٢٢١ الأشباه والنظائر للسيوطي .

كل من علم تحريم شيء ، وجهل ما يتوالت عليه ، لم يفده ذلك كمن علم تحريم الزنا ، والخمر ، وجهل وجوب الحد . يحد بالاتفاق لأنه كان حقه الامتناع .

(٣) انظر ص ٢٥٢ من الجزء الأول من كتاب أحكام القرآن لابن العربي ، والمتافئة مجالسة المسلمين وملازمتهم . وابن العربي هو محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله بن أحمد المعروف بابن العربي من أهل أشبيلية يكنى أبا بكر ولد سنة ٤٦٨ هـ وتوفى سنة ٥٤٤ هـ .

المبحث الثاني

الشروع في السرقة والسرقه التامة

درج فقهاء القانون الوضعى على الكلام فى الشروع فى السرقة لأهمية ذلك من جملة نواح مختلفة أهمها: أن عقاب الشروع أخف من عقوبة الجريمة التامة ، كما أن الجانى يستطيع طالما أن الجريمة لم تتم أن يعدل عن ارتكابها فيكفى نفسه شر العقاب .

ولذلك سنبحث أمرين : الشروع فى السرقة ، والسرقه التامة :

الشروع فى السرقة :

اختلف شراح القانون الغربى فى نظرية الشروع . فالمذهب المادى يشترط أن يبدأ الجانى فى الركن المادى ، أى فى ركن الاختلاس حتى يعد شارعاً فى جريمة السرقة . والمذهب الشخصى يكتفى بأن يأتى الجانى من الأعمال ما يؤدى حالا ومباشرة إلى ارتكاب جريمة السرقة فيأتى من الأعمال ما يجزم بنيته فى ارتكاب الجريمة .

وقد أخذ المشرع المصرى بهذا رأى عندما نص فى المادة ٤٥ من قانون العقوبات على :

« الشروع - هو البدء فى تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا تدخل لإرادة الفاعل فيها . ولا يعتبر شروعا فى الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لذلك » . ولا يهمننا البحث فيما إذا كانت الشريعة قد خصصت نظرية الشروع فى الجريمة ببحث مستقل ، لأن الفقه الغربى اضطر إلى القول بهذه النظرية

والإفاضة فيها فتارة يأخذ بالمذهب المادى ، وتارة يأخذ بالمذهب الشخصى
لكى لا يفلت المجرم من العقاب إذا لم تتوافر أركان الجريمة .

فقالوا لذلك بالشروع - ولكن الشريعة لم تكن محتاجة لهذه النظرية
لأن نظرية التعزير تلحق المجرم الذى يرتكب الجريمة قبل تمامها .

ومع كل ، فالشريعة كانت سباقة فى العقاب على هذه المسائل وإن لم
يخصص فقهاؤها الأقدمون باباً خاصاً لهذه النظرية . ونظرية التعزير نظرية
أعم يندرج تحتها مثل نظرية الشروع دون أن تسميها الشريعة كذلك^(١) .

ومع كل ، فقد وجدنا فروضاً كثيرة بين طيات كتب الفقه الإسلامى تعبر
عن الشروع فى جريمة السرقة دون أن يسميها الفقهاء شروفاً فى السرقة
ويعاقبون فيها بالتعزير . جاء بالأحكام السلطانية للماوردى : « إذا جمع
المال فى الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب
الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب ثلاثين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ولم يدخل
ضرب عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب
عشرة أسواط . وإذا وجد معه منقب أو كان مراصداً للمال يحق^(٢) » .

وجاء فى الخراج للقاضى أبى يوسف .

(١) انظر ص ٣٤٥ من التشريع الجنائى الإسلامى إذ يقول المؤلف :

« ولم يعبر الفقهاء عن الجرائم غير التامة بتعبير الشروع فى الجرائم ، لأن الأفعال التى لم تتم
تدخل فى جرائم التعازير كلما تكون منها معصية ، وتعتبر جرائم تامة بذاتها ولو أنها لم تكف
لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً ، فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروعة فيها ما دام أن
ما تم منها يعتبر فى ذاته جريمة تامة ، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها جرائم
الشروع فلن نأتى بشيء جديد . »

(٢) انظر ص ٢٢٩ الماوردى ، وانظر ص ٢٦٥ أبى يعلى ، ١٧١ الخراج ، ٣٠٦
حاشية الدسوقي جزء ٤ « السارق إذا نقب الحرز فقط ولم يخرج النصاب منه فإنه لا يقطع فلو
أخرج غيره النصاب من ذلك النقب لا يقطع لأن النقب يصير المال فى غير حرز وذلك إذا لم يكن
بينهما اتفاق » .

« حدثنا الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أتى برجل قد نقب وأخذ على ذلك الحال فلم يقطعه ، قال : وحدثنا عاصم عن الشعبي قال : ليس عليه قطع حتى يخرج بالمتاع من البيت » (١).

فكل الصور المتقدمة من صور الشروع في جريمة السرقة كما يعرفها الفقه الجنائي الحديث، وإنما لم يعبر فقهاء الشريعة عنها بذلك فهي جرائم دون السرقة تستوجب التعزير .

وهو السرقة :

هل يشترط لتوقيع العقوبة رفع الدعوى ومطالبة المسروق منه بالشيء المسروق ؟

قال صاحب الكنز :

وطلب المسروق منه شرط القطع أى طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والإقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الأداء والقطع لتنتفى تلك الشبهة، وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء في الحدود من القضاء . وفي البدائع : إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحساناً ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر^٢ . وذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط أنه لا يعتبر بحضور وكيله عند

(١) وانظر ص ٣٢٠ المحلى لابن حزم جزء ١١ « عن عمرو بن شعيب أن سارقاً نقب خزانة المطلب بن وداعة فوجد فيها قد جمع المتاع ولم يخرج به فأق به إلى الزبير فجلبه وأمر به أن يقطع فر باين عمر فسأل فأخبر فأق ابن الزبير فقال : أمرت به أن يقطع ؟ فقال نعم . فأشأن الجلد ؟ قال : غضبت . فقال ابن عمر : ليس عليه قطع حتى يخرج من البيت . رأيت لو رأيت رجلاً بين رجل امرأة لم يصبها أنت حاده ؟ قال : لا . قال : لعله قد كان نازعاً قائماً وتاركاً للمتع » .

الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير .
وقال ابن أبي ليلى : لا يشترط حضوره فيها لأن الحد حق الله تعالى فكان من
باب الحسبة كالزنا . وقال الشافعي : لاجابة إلى حضوره في الإقرار دون
البينة لأن الشهادة تبنى على الدعوى دون الإقرار^(١).

رد المسروق :

إذا قطع السارق هل يلزم برد المسروق أو ثمنه ؟

١ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والثوري وابن شبرمة
إذا قطع السارق فإن كانت السرقة قائمة بعينها أخذها المسروق منه ، وإن كانت
مستهلكة فلا ضمان عليه وهو قول مكحول وعطاء والشعبي وأحد قولي
إبراهيم النخعي^(٢).

٢ - وقال مالك يضمنها إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً .

٣ - وقال عثمان البتي والليث والشافعي يغرم السرقة وإن كانت هالكة
وهو قول الحسن والزهرى وسجاد وأحد قولي إبراهيم النخعي .

وقال الجصاص :

إذا كانت السرقة قائمة بعينها فلا خلاف أن صاحبها يأخذها ، وقد روى
أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء على صفوان
والذي يدل على نفى الضمان بعد القطع قوله تعالى : « فاقطعوا أيديهما جزاء
بما كسبا نكالا من الله » . والجزاء اسم لما يستحق بالفعل فإذا كان الله تعالى جعل
جميع ما يستحق بالفعل هو القطع لم يجز لإيجاب الضمان معه لما فيه من الزيادة

(١) انظر ص ٢٢٧ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٠٨ جزء ٤ الدسوقي : والحاصل أن المسروق إن كان موجوداً بعينه
وجب رده لربه إيجاباً بلا تفصيل ، وإن تلف فإن أمير فذلك ويرد مثل المثل وقيمة المقوم
وإن أعسر ولو في بعض المدة فذلك إن لم يقطع وإلا فلا غرم .

في حكم النصوص، ولا يجوز ذلك إلا بمثل ما يجوز به النسخ، وكذلك قول تعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» ينفي أن يكون هناك جزاء غيره ومن جهة السنة، حديث عبدالله بن صالح قال: حدثني الفضل بن فضالة عن يونس بن زيد قال: سمعت سعد بن إبراهيم يحدث عن أخيه المسور بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله قال: «إذا أقمتم على السارق الحد فلا غرم عليه»^(١).

أخفاء الأشياء المسروقة:

جاء في المنتقى شرح الباجي عند تعليقه على ما جاء في الموطأ عن سرق عقد أسماء بنت أبي عيسى زوجة أبي «وقوله أنهم فقدوا عقداً لأسماء زوج أبي بكر الصديق فأخذوا يطلبونه ويبحثون عنه وهو يمشي معهم في ذلك ويدعو على من سرقه فيقول: اللهم عليك بمن يبيت أهل هذا البيت الصالح يريد سرقهم ليلاً أو صبرهم في ليلهم إلى مثل ذلك الحال من التعب والمشقة ثم أن الحلى وجد عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به وهذا لا يوجب على الصائغ قطعاً لو أنكر الأقطع لأنه من وجد عنده متاع وزعم أنه له أو أنه اشتراه أو وهب له فاستحقه منه مستحق زعم أنه سرق له فإنه لا يخلو أن يكون غير متهم أو متهماً، فإن كان غير متهم فقد قال ابن القاسم فيمن توجد معه السرقة فيقول: ابتعتها من السوق ولا يعرف بالاعها وهي ذات بال أو لا بال لها أو ادعى المستحق أنها أكثر مما وجد معه، أنها ترد إلى من استحقها بالبيئة بعد أن يحلف أنه ما خرج عن ملكه، فإن كان وجدت بيده من أهل الصحة خلى سبيله ولا يمين عليه.

وروى ابن حبيب عن أصبغ أنه إن كان من أهل الصلاح والبراءة أدب

(١) انظر ص ٥٢٤ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص والرأي الثالث هو الذي يتمشى مع المصلحة العامة.

المدعى . وقال مالك : لا يؤدب إذا كان ذلك منه طلباً لحقه ، وإن قاله على وجه المشاتمة نكل له .

وفي الموازية عن أشهب ، لا أدب على المدعى إلا أنه يتهم أنه يريد عيبه وسبه . وجه قول ابن القاسم أنه قد أضاف إليه السرقة وهو منزّه عنها فوجب عليه الأدب كما لو قصد شتمه .

وجه القول الثانى : أنه محتاج إلى أن يقوم بدعواه فكان له مخرج يصرف عنه الأدب كالفاذل لزوجته ^(١) .

السرقه مع السارق :

اختلف فى قطع يد من سرق المال من الذى سرقه ، فقال علماء المالكية : يقطع . وقال الشافعى : لا يقطع ، لأنه سرق من غير مالك ومن غير حرز . وحجة المالكية : حرمة المالك عليه باقية لم تنقطع عنه ؛ ويد السارق كلا يد ، كالغاصب لو سرق منه المال المغصوب قطع ، فإن قيل لهم : اجعلوا حرزه كلا حرز . قال هؤلاء العلماء : الحرز قائم والمالك قائم ولم يبطل الملك فيه فيقولوا للمالكية : أبطلوا الحرز ^(٢) .

المبحث الثالث

الجريمة التامة وعقوبتها

تم جريمة السرقة الموجبة للحد إذا توافرت أركانها التى ذكرناها فيما تقدم فإذا انعدم ركن من هذه الأركان أو فرع من الفروع التى اتفق الفقهاء على وجوبها ، لا يجب القطع ، ويترتب التعزير على جريمة أخرى ليست جريمة سرقة .

(١) انظر ص ١٦٦ جزء ٧ المتفق شرح الموطأ للباجى .

(٢) انظر ص ١٦٦ جزء ٦ القرطبى .

وقد احتاج المشرع الوضعى نظراً لتفاهة عقوبة السرقة أن يقوم بتشديد العقوبة على السارق إن اقترن فعله بظروف مشددة أهمها :

- ١ - الزمان أو الوقت الذى ارتكبت فيه السرقة .
- ٢ - المكان الذى وقعت فيه السرقة .
- ٣ - تعدد المرتكبين .
- ٤ - الوسائل المستخدمة فى ارتكاب السرقة .
- ٥ - صفة الجانى .

كما تتغير طبيعة الجريمة نفسها من جنحة إلى جناية إذا ارتكب الجانى جرمته بالإكراه أو باستعمال السلاح أو فى الطرق العمومية بشروط خاصة .

* * *

أما المشرع الإسلامى فلا يحتاج إلى كل ذلك ، فقد فرض عقوبة زاجرة حفظاً لأموال الناس . فالسارق يعاقب بقطع يده وليس بعد ذلك من ردع . إلا أنه قد رأى أن اللصوص قد يعيشون فى الأرض فساداً يفتالون أموال الناس بالباطل لا يردعهم فى ذلك قانون ولا شرع ، ولذلك فرض عقوبة المحاربين .

المبحث الرابع

الإثبات فى السرقة

تثبت جريمة السرقة بواحد من أمرين :

- ١ - الإقرار أى الاعتراف .
- ٢ - الشهادة .

أولاً - الإقرار :

إقرار المراء على نفسه حجة عليه . وعند زفر لا يقطع بإقرار العبد على نفسه من غير تصديق المولى .

واختلف في عدد مرات الإقرار .

١ - قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي والثوري وعطاء: إن الجريمة تثبت بالإقرار مرة واحدة^(١).

٢ - وروى عن علي بن أبي طالب ، وابن أبي ليلى^(٢) وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة والحنابلة أنه لا يقطع ما لم يقر مرتين في مجلسين مختلفين^(٣). وقال أبو يوسف : إن الدعوى في الإقرار ليست شرطاً ويقطع ولو كان المحني عليه غائباً .

فلماذا رجع في إقراره واعترافه قبل القطع سقط القطع . ولم يسقط غرمه للمسروق لأنه حتى المحني عليه في قول بعض الفقهاء ، وفي قول آخر لا يقبل رجوعه^(٤).

(١) انظر ص ٧٠ من كتاب الجامع الصغير محمد بن الحسن منشور على هامش كتاب الخراج للقاضي ابن يوسف الطبعة الأولى سنة ١٣٠٢ هـ .

(٢) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ولد سنة ٧٤ هـ وتفقه بالشعبي وروى عن الشعبي وعطاء ونافع وأخذ عنه الفقه سفيان الثوري . ولحقه الكوفة مدة ثلاث وثلاثين سنة . وكان أبو حنيفة يفتي أحياناً بخلاف ما يقضي به ابن أبي ليلى . فتأثر من ذلك وشكاه للوالي قائلاً أن بالكوفة شاباً يمارضني الأحكام ويشنع علي بالخلفاء فيبعث الوالي إلى أبي حنيفة ومنعه من الفتوى وقد تفقه به أبو يوسف أولاً ثم انتقل إلى أبي حنيفة وألف كتاباً ضمنه المسائل الخلافية بين أئمتنا . توفي سنة ١٤٨ هـ .

(٣) انظر ص ٢٢٨ ، ٢٨٩ الملف جزء ١٠ لابن قدامة . وذكر بشر رجوع أبو يوسف إلى الرأي الآخر . انظر ص ٢١٣ جزء ٣ الزيلعي :

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن أبي أمية الخزازي أن النبي صلى الله عليه وآله قد اعترف فقال له « ما أخالك سرت » قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً فأمر به فقطع . ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره » . وروى عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه قال : شهدت حلياً أثناء رجل بالسرقة فردده وفي لفظ فأنثره وفي لفظ فسكت عنه . وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فأقر فقال له علي : شهدت على نفسك مرتين وأمر به فقطع . قال أحمد : لا بأس بتلقيين السارق ليرجع عن إقراره وهذا قول عامة الفقهاء . روى ذلك عن الخلفاء الراشدين .

(٤) قال بذلك ابن أبي ليلى وداود .

وقد جاء في المحلى لابن حزم :

من أقر بسرقة فلا يخلو من أن يكون أقر بلا تهديد ولا عذاب ، أو أقر بتهديد وعذاب .

فإن أقر بتهديد وعذاب فلا قطع عليه أصلاً أحضر السرقة أو لم يحضرها إذ قد يدرى موضعها ، أو جعلت عنده فلا قطع عليه .

وإن كان أقر بلا تهديد ولا عذاب فالقطع عليه أخرج السرقة أو لم يخرجها . . .

وقال ابن حزم : وقال بعض من لا يرى درء الحلد عن السارق برجوعه ، إنه إن أقر ثم رجع فلا قطع عليه لكن يغرم السرقة التي أقر أنه سرقها منه . وهذا تناقض وخطأ لأنه لم يقر له بشيء إلا على وجه السرقة .

(قلنا) فلا يخلو لإقراره ذلك ضرورة من أحد وجهين لا ثالث لهما : إما أن يكون صادقاً في أنه سرق منه ما ذكر أو يكون كاذباً في ذلك . فإن كان صادقاً فقد عطلوا الفرض إذ لم ينفذوا عليه ما أمر الله تعالى به من قطع يد السارق .

وإن كان كاذباً فقد ظلموه إذ غرموه ما لم يجب له عنده قط . ولا صبح لإقراره به فهم بين تعطيل الفرض أو ظلم في إباحة مال محرم وكلاهما لا يحل (١).

ثانياً - الشهادة :

يازم لثبوت الجرمية شهادة رجلين عدلين - فلا تقبل شهادة النساء ولا شهادة الفساق ولا الشهادة على الشهادة - وعدم تقادم العهد - حتى ولو شهدوا بالسرقة بعد انقضاء المدة القانونية (٢) - لم تقبل ولا يقطع . ويجب

(١) انظر ص ٣٤٠ ، ٣٤١ جزء ١١ المحلى لابن حزم

(٢) انظر ص ١٨٤ من العقوبة في الفقه الإسلامي للمؤلف .

وانظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

وانظر ص ٦٥ من الملوثة جزء ١٦ . قال سحنون : قلت لعبد الرحمن بن القاسم : رأيت

لرجلين يشهدان على الرجل بالسرقة أيضاً الحاكم عن السرقة ما هي وكيف هي في قول مالك ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها ؟ قال : لم أسع مالاً يحد في هذا حداً .

أن يسأل الإمام الشهود عن ماهية السرقة وكيفيةها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لأنه يلتبس الأمر على كثير من الناس وخاصة أن السرقة التي توجب القطع لها شروط دقيقة يلزم توافرها . كذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبي أو قريب أو زوج . لأنه يحتمل كل ذلك فلا بد من توضيح الأمر لإزالة الشبهة .

فإذا أوجب القطع بشهادتهما لم يسقط الحلد بغيبتهما ولا موتهما (١)، (٢).

وقال الحاكم في كتاب السرقة إذا كان المسروق منه حاضراً أو الشاهدان غائبين لم يقطع حتى يحضر (٣).

فإذا شهدا بسرقة مال غائب فإن كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق وإلا فلا . وقال البعض يحبس ولا يقطع حتى يحضر الغائب (٤).

(٢٠١) انظر ص ٢١٣ ، ٢١٤ حاشية الشلبى على الزيلى .

قال الاتقاني : أما السؤال عن الكيفية بأن يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نخب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافاً لما روى عن أبي يوسف في الأمالي وكذا إذا تناول صاحباً له على الباب لا يقطع .

وأما السؤال عن الماهية بأن يقال ما هي فلاحتمال أن المسروق شيء تافه أو يتسارع إليه الفساد أو مال ذى رحم محرم منه أو مال فيه شركة للسارق .

وأما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق في دار الحرب أو سرق من غير حرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه .

أما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل الإقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره .

انظر ص ٦٦ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : « رأيت إن سرق رجل فرفعه رجل أجنبي من الناس إلى السلطان والمسروق متاعه غائب أيقطعه السلطان في قول مالك أم ينتظر رب المتاع حتى يقدم ؟ قال : إذا شهد الشهود أنه سرقه قطعت يده عند مالك » .

انظر ص ٦٧ المدونة جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٧٩ جزء ٢ من خلاصة .

(٤) انظر ص ٢٨٦ من الشرح الكبير للمغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٨٣ من المدونة جزء ١٦ .

فإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان أو المسروق فشهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، أو شهد أحدهما أنه سرق من هذا البيت وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت ، أو قال أحدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة ، أو قال سرق ثوراً وقال الآخر سرق حماراً — لم يقطع في قولهم . وقال بذلك أحمد بن حنبل والشافعي وأبو ثور والحنفية ومالك^(١).

= قلت : « رأيت إن شهدا على رجل بالسرقة ثم رجعا عن شهادتهما قبل أن يقضى القاضى بشهادتهما . قال : ذلك لما عند مالك . قلت : وكذلك كل من شهد شهادة فرجع عنها قبل أن يقضى بها فله ذلك في قول مالك ؟ ولا يكون عليه شيء في قول مالك ؟ قال نعم » .

(١) انظر ص ٨١ من المدونة .

وانظر ص ٢٩١ المغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٣٤١ المحلى لابن حزم جزء ١١ .

أخبرونا عن شهد عليه شاهدان بأنه سرق بقرة حمراء وقال الآخر بيضاء . أهذه الشهادة على سرقة واحدة أو على سرتين مختلفتين ؟

فإن قالوا على سرقة واحدة كإبراهيم العيان لأنه لا يشك ذو حس سليم أن سرقة بقرة صفراء ليس هي سرقة بقرة سوداء ، وإنما هي سرقة أخرى .

وإن قالوا بل هي سرتان مختلفتان . قيل لهم : فأى فرق بين هذا وبين سرقة ثور أو بقرة أو باختلاف الشهادة في المكان وهذا ما لا سبيل لهم منه إلا التخلص أصلاً لا بنص القرآن ولا سنة صحيحة ولا إجماع . ولا قول صاحب ، ولا قياس ولا رأى سديد فسقط بيقين قول من فرق بين الأحكام التي ذكرنا ولم يبق إلا قول من ساوى بينهما فراجع الاختلاف في كل ذلك ، أو لم يراع الاختلاف في شيء من ذلك .

قال : فوجدنا من راعى الاختلاف في كل ذلك يقول : إذا اختلف الشاهدان في صفة المسروق أو في زمانه أو في مكانه فإنما حصل من قولهم فعلان متغايران فإن كان ذلك فإنما حصل على فعل شاهد واحد ولا يجوز القطع بشاهد واحد . فهذه حججهم ما لم حجة غيرها فنظرنا فيها فوجدناها لا تصح لأن الذي ينبغي أن يضب في الشهادة ويطلب به الشاهد إنما هو ما لا يتم الشهادة إلا به والذي إن نقص لم تكن شهادة فهذا هو الذي إن اختلف الشاهد فيه بطلت الشهادة لأنها لم تتم ، وأما ما لا معنى للذكر في الشهادة ولا يحتاج إليه فيها . وتم الشهادة مع السكوت منه فلا يلزم أن يلتفت إليه هو ذكر اللون والمكان . وحسب الشهاد أن يقولوا سرق رأساً من البقر مختفياً بأخذه ولا عليهم أن يقولوا : أقرن . أو أعصب أو أبت أو وافي الذنب أبيض أو أسود . وهذا هو الموجب للحد . ولم يقل الله تعالى ولا رسوله لا تقبلوا الشهادة حتى يشهدوا على سرقة واحدة لشيء واحد في وقت واحد في مكان واحد .

وإذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى أو اليسرى
عمداً فعليه القصاص^(١).

الحرابة

يعبر الفقهاء عنها بالسرقة الكبرى تمييزاً لها عن السرقة العادية التي وضحنها
أحكامها^(٢):

قال تعالى :

« إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن
يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من
الأرض ، ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم ، إلا الذين تابوا
من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم »^(٣).

ونتكلم في هذا المبحث في أمور :

١ - مناسبة نزول النص .

٢ - من هم المحاربون ، وما هي جريمة الحرابة .

٣ - شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة .

٤ - الإثبات في الحرابة .

٥ - العقوبة في الحرابة وسقوطها .

(١) انظر ص ٢٢٦ جزء ٣ حاشية الشلبي على الزيلعي .

(٢) سميت سرقة لمسارقة عين الإمام أو من يقوم مقامه وسميت كبرى لأن ضرر قطع
الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين أشد وأكبر بانقطاع الطريق ولهذا غلظ الحد
فيها بخلاف الصغرى .

(٣) يحاربون الله ورسوله أي يحاربون أولياء الله . قال الكمال : أي يحاربون عباد الله
وهو أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الذي .

ثم قوله تعالى يحاربون الله ورسوله ؛ محاربه لرسوله إما باعتبار عصيان أمره وإما باعتبار
أن الرسول صلى الله عليه وسلم هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه وإذا قطع
الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه . انظر ص ٨٥ مثلاً خسرو جزء ٢ .

أولاً - مناسبة نزول النص :

اختلف الفقهاء في سبب نزول آية الحراة إلى أقوال خمسة وضحاها ابن العربي في كتابه أحكام القرآن .

١ - نزلت في أهل الكتاب الذين نقضوا العهد وأخافوا السبيل وأفسدوا في الأرض فخير الله الرسول فيهم . وبذلك قال ابن عباس ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي^(١) . قال ابن المنذر : قول مالك هو الصحيح .

٢ - نزلت في المشركين^(٢) . فمن أخذ منهم قبل أن يقدر عليه لم يمنعه ذلك أن يقام عليه الحد الذي أصابه . ومن قال إن الآية نزلت في المشركين مكرمة والحسن وهذا ضعيف يرده قوله تعالى : « قل للذين كفروا إن يتهموا يغفر لهم ما قد سلف » وقوله عليه السلام : « الإسلام يهدم ما قبله » .

٣ - نزلت في عكل وعرينة . عن أنس رضي الله عنه قال : قدم على النبي صلى الله عليه وسلم نفر^(٣) من عكل فأسلموا فاجتووا المدينة فأمرهم

(١) انظر ص ٣٠٢ جزء ١٠ المغني .

(٢) انظر القرطبي جزء ٦ ص ١٤٨ ، وانظر ص ١٣٤ جزء ٩ المبسوط . وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال سلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان في الشرك . فقوله وادع يحتمل المؤقتة وهو الأمان ويحتمل المؤبدة وهي اللمة أجرى أبو يوسف رحمه الله تعالى الكلمة على ظاهرها - وقال يقام حد قطاع الطريق على المستأمنين وأهل اللمة .

(٣) النفر هنا سبعة وعكل قبيلة من العرب وفي رواية من عرينة وفي أخرى من عكل وعرينة وهو الصواب لرواية الطبراني : كانوا أربعة من عرينة وثلاثة من عكل ، فهؤلاء السبعة جاءوا للنبي صلى الله عليه وسلم بالمدينة فأسلموا وأقاموا بها فاجتووا المدينة أي كرهوا الإقامة لما أصابهم من الجوى وهو داء في الجوف إذا تطاول قتل صاحبه فأمرهم النبي بالخروج إلى البادية مع إبل الصدقة فيشربون من ألبانها وأبواها ففعلوا فمادت صحتهم فارتدوا عن الإسلام وقتلوا راعي النبي واسمه يسار النوبى وسرقوا إبل الصدقة وذهبوا بها فبعث النبي وراهم عشرين فارساً =

أن يأتوا لإبل الصدقة فيشربوا من أبوالها وألبانها ففعلوا فصحوا فارتدوا
فقتلوا رعاتها واستاقوا الإبل فبعث في آثارهم فأتى بهم فقطع أيديهم وأرجلهم
وسمل أعينهم ثم لم يحسمهم حتى ماتوا . زاد في رواية : ثم ألقوا في الحرة
يستسقون فما سقوا حتى ماتوا . رواه الخمسة إلا الترمذي .
وقد زاد في رواية « قال قتادة : فحدثني ابن سيرين : أن ذلك قبل
أن تنزل الحدود » (١) .

وهذا هو الذي عليه الجمهور .

٤ - إن الآية نزلت معاتبه للنبي صلى الله عليه وسلم في شأن العرنيين وقال
بذلك الليث . عن أبي داود والنسائي عن أبي الزناد عبد الله بن زكوان أن
رسول الله لما قطع الذين سرقوا لقاحه وسمل أعينهم بالنار عاتبه الله تعالى
في ذلك وأنزل الآية .

٥ - قال قتادة : إن الآية نزلت لنسخ ما فعل الرسول في العرنيين :

ثانياً - ما هي جريمة الحراية ومن هم المحاربون ؟

الحراية هي إشهار السلاح وقطع السبيل على الناس .

وقد اختلف الفقهاء إلى آراء في مدى انطباق هذه الجريمة .

فقال مالك : إن الحراية هي إشهار السلاح وقطع السبيل خارج السكن
أو داخله (٢) . كما قال إن الحراية تكون خارج السكن ، ولكن إذا ضعف

= وأمرهم كرز فأدركهم فجاءوا بهم فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقطع أيديهم وأرجلهم من
خلاف لحد الساقة وكذا أمر بسمل أعينهم أي فقتلهم وإلقائهم في الحرة ولم يحسموا جروحهم ولم
يسقوهم حتى ماتوا لأنهم قتلوا وسرقوا وكفروا بدينهم وفيهم نزلت « إنما جزاء الذين
يحاربون الله ورسوله الآية . وعلى هذا الجمهور . انظر ص ١٧ ، ١٨ من التاج الجامع
للأصول وانظر ص ٢٤٦ ابن العربي جزء ١ .

(١) انظر ص ٢٥٦ الجامع للأصول من أحاديث الرسول لابن الأثير جزء ٤ . وانظر

ص ١٤٨ و ص ١٤٩ جزء ٦ القرطبي .

(٢) انظر ص ٧٥ من المدة جزء ١٦ ، وانظر ص ٤٩٣ جزء ٢ الجصاص .

السلطان ووجدت شوكة اللصوص ومغالبتهم تكون داخل السكن .
وقال أبو حنيفة لا تكون الحراية في داخل السكن أبداً^(١).

وروى عن أبي يوسف : أنه في اللصوص الذين يكبسون الناس ليلاً في بيوتهم في الحضرة أنهم بمنزلة قطاع الطريق يجرى عليهم أحكامهم^(٢).
أما الإمام أحمد فقد توقف وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث^(٣) ، وقد قال في ذلك ابن تيمية :

« هم قطاع الطرق الذين يعرضون الناس بالسلاح في الطرقات ونحوها .
ليغصبوهم المال ، مجاهرة ، من الأعراب والتركمان والفلاحين وفسقة الجنود
أو مرددة^(٤) الحاضرة أو غيرهم » .

ولو شهروا السلاح في البنيان لا في الصحراء لأخذ المال ، فقد قيل إنهم
ليسوا محاربين ، بل هم بمنزلة المختلس والمنتهب ، لأن المطلوب يدركه
الغوث ، إذا استغاث بالناس . وقال أكثرهم إن حكمهم في البنيان والصحراء
واحد .

وهذا قول مالك في المشهور عنه والشافعي وأكثر أصحاب أحمد وبعض
أصحاب أبي حنيفة ، بل هم في البنيان أحق بالعقوبة منهم في الصحراء ؛
لأن البنيان محل الأمن والطمأنينة ، ولأنه محل تناصر الناس وتعاونهم .
فإقدامهم عليه يقتضي شدة المحاربة والمغالبة ولأنهم يسلبون الرجل في داره

(١) انظر ص ٢٤٠ جزء ٣ الزيلعي . قال بعض المتأخرين جواب أبي حنيفة رحمه الله
بما شاهده في زمنه فإن الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن
القاصد من قطع الطريق إلا نادراً ولا ينبئ الحكم على النادر وأما في زماننا فقد تركوا هذه العادة
فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرى .

(٢) انظر ص ٥٠٢ جزء ٢ الجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٤) المردة هم الذين يلفوا الغاية من المتو ومجازاة الحد في الشر والمحارب كما يكون
ذكراً قد يكون أنثى أيضاً . انظر ص ٨٥ جزء ٢ الشر نبلاية على مثالا خسرو .

جميع ماله ، والمسافر لا يكون معه غالباً إلا بعض ماله . وهذا هو الصواب
لا سيما هؤلاء المحترفون الذين تسميهم العامة في الشام ومصر (المنس) وكانوا
يسمون ببغداد (العيارين) . ولو حاربوا بالعصى والحجارة المقذوفة بالأيدي ،
أو المقاليع ونحوها ، فهم محاربون أيضاً ،^{(١) ، (٢)} .

(١) انظر ص ٨٨ ، ٨٩ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ١٩٤ من الذخيرة للقرافي جزء ٨ من المجلد المخطوط .

« وفي الجواهر المحارب هو المشهر بالسلاح لقصد السلب كان في مصر أو فيفاء له شوكة
أم لا ذكر أو أفتى ولا تتعين آلة مخصوصة حبل أو حبر أو خنق ناليد أو بالفم وغير ذلك وهو
محارب وإن لم يقتل وكل من قطع الطريق وأخاف السبيل فهو محارب أو حمل السلاح بغير
عداوة ولا فائدة وكذلك قتل القبيلة بأن يخدع رجلاً أو مشى حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه
وإن دخل داراً بالليل فأخذ مالا مكابرة ومنع الاستغاثة فهو محارب والخنق لأخذ المال محارب
وكل من قتل أحداً على ما معه فهو محارب فعل ذلك بحر أو بعيد أو بمسلم أو ذمي وفي الكتاب إذا
قطع أهل اللمة الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون ومن دخل عليك دارك ليأخذ
مالك فهو محارب » .

وانظر ص ٣١٤ الخطاب جزء ٦ .

وانظر ص ٢٣٥ الزيلعي جزء ٣ .

« الحراية تكون من قوم تكون لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق وأن لا يكون في مصر
ولا فيما بين القرى ولا بين مصريين وأن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لأن قطع الطريق إنما
يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لأنهم يلحقهم الفوت من جهة
الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق ، وعن أبي يوسف أنهم لو كانوا
في المصر ليلاً أو فيما بينه وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجرى عليهم أحكام قطاع الطرق وعليه
الفتوى لمصلحة الناس وهي رفع شر المتغلبة المتلصصة » .

وانظر ص ٣٠٨ المحلى لابن حزم جزء ١١ « فوجب بما ذكرنا أن المحارب هو المكابر
أخيف لأهل الطريق المفسد في سبيل الأرض سواء بسلاح ، أو بلا سلاح أصلاً سواء ليلاً أو نهاراً
في مصر أم في فلاة . أو في قصر الخليفة . أو الجامع سواء فعل ذلك بجند أو غيره منقطعين في
الصحراء أو أهل قرية سكاناً في دورهم أو أهل حصن كذلك : أو أهل مدينة عظيمة أو غير
عظيمة . كذلك واحداً كان أو أكثر كل من حارب المارة وأخاف السبيل بقتل نفس . أو أخذ
مال . أو لجراحة . أو لانتهاك فرج فهو محارب عليه وعليهم . كثروا أو قلوا » .

وانظر ص ٣٠٤ جزء ١٠ المغني .

وفي قول لمالك في المدونة : إن الذين يسقون الناس السيكران محاربون
إذا سقوهم ليسكروا فيأخذوا أموالهم ويقتلون^(١).

ثالثاً - شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة :

- (أ) شروط ترجع للمتهم .
- (ب) شروط ترجع للمجنى عليه .
- (ج) شروط تتعلق بالفعل .

شروط ترجع للمتهم :

يشترط الفقهاء في المتهم أن يكون بالغاً عاقلاً . وفي رأى بعض الفقهاء
أن يكون ذكراً باعتبار أن المحاربة والمغالبة لا تتحقق من النساء عادة لركة
قلوبهن وضعف بنيتن بخلاف السرقة لأنها أخذ للمال على وجه الاستخفاء
ومسارقة العين والأنوثة لا تمنع من ذلك .

وفي رأى البعض الآخر أن المحارب كما يكون ذكراً قد يكون أنثى كسائر
الحدود . فالحد إن كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة أو الأنوثة
كسائر الحدود فلا يشترط في وجوبها الذكورة^(٢).

كما لا يلزم أن يكون المتهم حرّاً فالعقوبة تلحقه حرّاً كان أم عبداً^(٣).

شروط ترجع للمجنى عليه :

١ - أن يكون مسلماً أو ذمياً فعقد الذمة أفاده بعصمة ماله ، أما إن كان
حربياً مستأمناً فيرى البعض أن ماله ليس معصوماً فلا حد على قاطعه .

(١) انظر ص ١٠٤ جزء ٦ السنة الكبرى .

(٢) انظر ص ٩١ البدائع جزء ٢٧ ص ٢٧٣ فتح القدير جزء ٤ ، انظر ص ٣٠٩ من

ملف الشرح الكبير . وانظر ص ١٠٢ من المدونة .

(٣) انظر ص ١٩٧ جزء ٩ المبسوط : فإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم

في الرجال الأحرار .

٢- أن تكون يده صحيحة على المال فيكون هو المالك أو وكيله أو أمينه فإن كان سارقاً فيرى البعض أن لا حد على قاطعه .

٣- أن لا تكون بينه وبين المتهم صلة رحم - في رأى البعض - أسوة بجريمة السرقة^(١).

شروط ترجع للفعل :

أولاً : يجب لكي يطبق حد قطع الطريق أن تتوافر أركان جريمة السرقة من ناحية أن يكون مالا متقوماً ، معصوماً ، ليس للقاطع فيه حق الأخذ ، لا ملك له فيه ولا شبهة الملك ، محرراً بحافظ ، نصاباً كاملاً قدره الحسن بن زياد بعشرين درهماً ، وحجته أن يقطع طرف واحد في السرقة بعشرة دراهم وفي جريمة الحرابة يقطع طرفين فيلزم تضاعف النصاب^(٢) ، وقد رأى بعض الفقهاء :

١- أن الحرابة هي قطع الطريق للاستيلاء على المال أو للقتل أو للزنى قال ابن العربي :

« لقد كنت أيام تولية القضاء قد رفع إلى قوم خرجوا محاربين إلى رفقة فأخذوا منهم امرأة مغالبة على نفسها من زوجها ومن جملة المسلمين معه فيها فاختلوا بها ثم جد فيهم الطلب فأخذوا وبعي فسألت من كان ابتلائي الله به من المفتين فقالوا ليسوا محاربين لأن الحرابة إنما تكون في الأموال لا في الفروج فقلت لهم إنا لله وإنا إليه راجعون ، ألم تعلموا أن الحرابة في الفروج أفحش منها في الأموال وأن الناس كلهم ليرضون أن تذهب أموالهم وتحرب من بين أيديهم ولا يحرب المرء من زوجته وبنته ؟ ولو كان فوق

(١) انظر ص ٢٣٩ جزء ٣ الزيلعي .

(٢) انظر ص ١٥٣ جزء ٦ القرطبي : قال ابن عويز منداد : ولا يراعى في المال الذي

بأخذه المحارب نصاباً كما يراعى في السارق .

ما قاله الله عقوبة لكانت لمن يسلب الفروج ، وحسبكم من بلاء صحبة الجاهل وخصوصاً في الفتيا والقضاء^(١) .

٢- قال بعض الفقهاء إن حد الخراقة يطبق ولو لم يأخذ المحارب النصاب المحدد للقطع في السرقة^(٢) .

قال ابن العربي رداً على الشافعي إذ اشترط النصاب لوجوب الحد .

« قلنا أنصف من نفسك أبا عبدالله ووف شيخك حقه لله . . .

إن ربنا تبارك وتعالى قال « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فاقضى هذا قطعه في حقه . وقال في المحاربة « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » ، فاقضى بذلك توفية الجزاء لهم على المحاربة عن حقه ، فبين النبي صلى الله عليه وسلم في السارق أن قطعه في نصاب وهو ربع دينار وبقيت المحاربة على عمومها . فإن أردت أن ترد المحاربة إليها كنت ملحقاً الأعلى بالأدنى وخافضاً الأرفع إلى الأسفل وذلك عكس القياس - وكيف يصح أن يقاس المحارب وهو يطلب النفس إن وقى المال بها على السارق وهو يطلب خطف المال فإن شعر به فر - حتى أن السارق إذا دخل بالسلاح يطلب المال فإن منع منه أو صيحه عليه حارب عليه فهو محارب يحكم عليه بحكم المحارب^(٣) .

٣- ورد في المذهب للشيرازي .

« إن أخذ المال من غير حرز بأن انفرد عن القافلة أو أخذه من جبال

(١) انظر ص ٢٤٧ من أحكام القرآن - ابن العربي جزء ٢ .

(٢) قال هذا الرأي الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر والحنابلة . وورد في الجصاص جزء ٢ : « واعتبر أصحابنا في إيجاب قطع المحارب مقدار المال المأخوذ بأن يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم واعتبر الشافعي ربع دينار كما اعتبره في قطع السارق ولم يعتبره مالك لأنه يرى إجراء الحكم عليهم بالخروج قبل أخذ المال » .

(٣) انظر ص ١٠٠ من المدونة (جزء ١٦) وهو رأى مالك .

وانظر ص ٢٤٩ من أحكام القرآن لابن العربي جزء ١ .

وانظر الرأي المخالف في التزيلي جزء ٣ ص ٢٣٨ .

مقطرة ترك القائد تعاهدها لم يقطع ، لأنه قطع يتعاق بأخذ المال فشرط فيه الحرز كقطع السرقة بخلاف الإمام مالك لا يعتبر الحرز في الحراية ^(١) .

ثانياً : أن ترتكب الجريمة خارج المدن العامرة .
فإن كانت في المدينة لا يحد في رأى أبي حنيفة وآخرين .
وفي رأى مالك والشافعي والأوزاعي يجب الحد .
وحجة الرأى الأول أن الغوث يلحق المستغيث من قاطع الطريق فلا داعى لحمايته ^(٢) .

(١) انظر ص ٢٧٤ فتح القدير جزء ٤ .
« وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض فلا يجب الحد لأن الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد » .
وانظر ص ٣١٣ جزء ١٠ من المغنى لابن قدامة .
« وأما الحرز فهو يعتبر فإنهم لو أخذوا مالا مضميناً لا يحفظ له لم يجب القطع وإن أخذوا ما يبلغ نصيباً ولا تبلغ حصه كل واحد منهم نصيباً قطعوا على قياس قولنا في السرقة وقياس قول الشافعي وأصحاب الرأى أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصه كل واحد منهم نصيباً » .
(٢) انظر ص ٢٤٧ ابن العربي في أحكام القرآن جزء ١ :
« وأما قول من قال أنه سواء في المصر والبيداء فإنه أخذ بمطلق القرآن . وأما من فرق فإنه رأى أن الحراية في البيداء أفحش منها في المصر لعدم الغوث في البيداء وإمكانه في المصر والذي تختاره أن الحراية عامة في المصر والقفر وإن كان بعضها أفحش من بعض ولكن اسم الحراية يتناولها . ومعنى الحراية موجود فيها ولو خرج بمصا من في المصر يقتل بالسيف ويؤخذ فيه بأشد من ذلك لا يأيسره فإنه سلب غيلة وفعل الثيلة أقبح من فعل المجاهرة - ولذلك دخل المغو في قتل المجاهرة فكان قصاصاً ولم يدخل في قتل الثيلة وكان حراية فتحرر أن قطع السبيل موجب للقتل في أصح أقوالنا خلافاً للشافعي وغيره » .

وانظر ص ٩٢ البدائع جزء ٧ وص ٣٨٠ بداية المجتهد جزء ٢ :
وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب داخل المصر أو بخارجه وتوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يحققه الغوث وعن أبي يوسف في رواية أخرى إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع وإن كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعاً بالخشب والحجر لأن السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل النوث والغوث يعطى* بالليل فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوى الفتوى على رأى أبي يوسف . =

ثالثاً : أن ترتكب الجريمة تامة فلا يعاقب بالحد في الشروع فيها .

فإذا أمسك المحارب قبل أخذ شيء من المارة وقبل قتل واحد منهم أو أكثر حبس بعد التعزير لمباشرته منكراً ، حتى يتوب لا بمجرد القول بل بأن يظهر فيه سياء الصلحاء^(١).

ويجب أن نفرق في هذا الصدد بين الشروع في هذه الجريمة وبين الجريمة التامة فإذا أخذ قاصد قطع الطريق قبل أن يقطع حبس حتى يتوب وتكون الجريمة هنا شروع في الحاربة ولكن لا يعاقب عليها بحد الحاربة . أما إذا أخاف المحاربون السبيل ولم يأخذوا مالا فإنهم يكونون قد ارتكبوا الجريمة التامة وتكون عقوبتهم النفي^(٢).

= وانظر ص ٣٠٣ من المني جزء ١٠ لابن قدامة :

والمحاربون الذين ثبت لهم أحكام المحاربة التي تذكرها بعد ثبوت لم شروط ثلاثة :

١ - أحدها أن يكون ذلك في الصحراء ، فإن كان ذلك منهم في القرى والأصبار فقد وثق أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخرق أنهم غير محاربين . وذكر القاضي أن هذا إن كان في المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الفوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لأنهم في موضع يلحقهم الفوث عادة ، وإن حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلّبوا على أهلها أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الفوث فهم محاربون لأنهم لا يلحقهم الفوث فأشبهوا قطاع الطريق في الصحراء .

٢ - الثاني : أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يفتنون من يقصدهم ولا نعلم في هذا خلافاً . فإن عرضوا بالمص والنجارة فهم محاربون وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لأنه لا سلاح معهم - ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف فأشبه الحديد .

الثالث : أن يأتوا بمجاهرة ويأخذوا المال قهراً ، فأما إن أخذوه خفية فهم سراقة وإن اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم .

وانظر ابن حزم جزء ١١ في المحلى ص ٣٠٧ .

« وأما قول من قال : لا تكون المحاربة إلا في الصحراء ، أو من قال لا تكون المحاربة في المدن إلا ليلاً فقولان فاسدان ، ودعويان ساقطتان . بلا برهان لا من قرآن . ولا من سنة صحيحة ولا سقيمة ولا من إجماع ولا من قول صاحب ولا من قياس . . . » .

(١) انظر ص ٨٥ جزء ٢ متلا خسرو .

(٢) انظر ص ٢٣٥ جزء ٣ الزيلعي . ورد في فتح القدير ص ٢٨٨ و٢٦٩ جزء ٤ وإذا خرج

جماعة ممنعين بقوتهم عن نفيض مقاتليهم أو واحد له ثقة بقوته وبجبرته .

رابعاً : الإثبات في الحراية :

كما في السرقة تثبت بالإقرار وبالشهادة بنفس الشروط .
فإن أقر الفرد على نفسه بأن قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه .
قال بذلك مالك^(١).

ويقبل مالك شهادة المجني عليهم على الذين سلبوهم ولو بشهادة السماع .
وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم
ولا لرفقاتهم مالا أخذوه^(٢).
وقد جاء في المغني لابن قدامة :

« إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ
متاعهم ، لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن
قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما
ولم يسألها الحاكم هل قطع عليكما معه أم لا لأنه لا يسألها ما لم يدعيا عليه .
وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما
لم تقبل شهادته لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه .
وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنا في الطريق وقطعوهما على
فلان قبلت شهادتهما لأنه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكراه^(٣).
ورأى مالك هو الأقرب لاستتباب الأمن وللمعقول .

خامساً : العقوبة وسقوطها :

فصلنا هذا الموضوع في بحث سابق ولا نريد أن نعيده هنا حتى

-
- = شوكته : يقصدون قطع الطريق أي أخذ المارة ، فإن يؤخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفساً ،
بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا محكمهم أن يقرروا ويحبسوا إلى أن تظهر
توبتهم في الحبس أو يموتوا ، ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال قضي .
(١) انظر ص ٣١٦ الخطاب جزء ١١ ، انظر ١٠٣ المدونة جزء ١٦ .
(٢) ولو شهد بعض الصوص على بعض لم تقبل - وكذا لو شهد بعض المأخوذين لبعض .
وانظر ص ٣٠٤ من المختصر النافع في فقه الإمامية للحلي طبعة وزارة الأوقاف .
(٣) انظر ص ٢١٠ الذخيرة للقرافي جزء ٨ ، ٣٢٤ من المغني جزء ١٠ .

لا يكون هناك تكرار ، وإنما نريد أن نوجز فنقول إن حال قاطع الطريق لا تخلو من أحوال أربعة :

- ١ - إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب ، وقتله متحتم لا يدخله عفو .
- وقد أجمع على هذا الجمهور ، قال به الحنابلة والشافعي والحنفية .
- والزهري ، ولأنه حد من حدود الله فلا يسقط بالعفو .
- إلا أن القائلين بهذا الرأي اختلفوا في الصلب على أوجه ثلاثة :

الوجه الاول :

قال الشافعي إنه يصلب بعد قتله .

وقال الأوزاعي ومالك والليث وأبو حنيفة وأبو يوسف يصلب حياً ثم يقتل مصلوباً لأن الصلب عقوبة ، ويعاقب الحي لا الميت^(١) .

وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لأنه أبلغ في الردع^(٢) .

الوجه الثاني :

في مدة صلبه . فيرى بعض الفقهاء أن المقصود بالصلب إعلام الناس به ، فمدته قدر ما يشتهر الأمر . قال بذلك بعض الحنابلة .

وقال الشافعي وأبو حنيفة يصلب ثلاثة أيام ويخلى بينه وبين أهله ليدفنوه ، كذلك قال الشيعة الإمامية^(٣) .

(١) ورد القولان في الحل من ٣٠٤ طبعة وزارة الأوقاف .

(٢) انظر من ٢٣٧ جزء ٣ الزيلعي .

(٣) انظر المرجع السابق والشيعة الإمامية الاثني عشرية تطلق على طائفة من الشيعة كانت تعتقد أن النبي صل الله عليه وسلم أوصى بالخلافة لعل بالذات ، وبيالغون في النيل عن سبقه إليها ويحصرون الحق فيها من بعده لولده من فاطمة وهم الحسن ثم الحسين ومن يعقبهما من الأبناء إلى الثاني عشر .

الوجه الثالث :

في ضرورة الصلب :

- أ - يرى البعض أنه واجب في حق من قتل وأخذ المال لا يسقط بالعفو
 ب - وقال أصحاب الرأي إن شاء الإمام صلب وإن شاء لم يصلب .
 ٢ - إذا قتل ولم يأخذ المال فإنه يقتل ولا يصلب . وفي رأى أنه يقتل
 ويصلب لأنه محارب .
 والأوجه الرأى الأول حتى تتدرج العقوبات زيادة ونقصاناً بحسب
 خطورة الجريمة (١) .
 ٣ - إذا أخذ المال ولم يقتل فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى .

= وكتاب المختصر النافع في فقه الإمامية ألفه الشيخ المحقق ابن القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن
 الحلبي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ .

وانظر ص ٣١٧ ، ٣١٩ من المحلى لابن حزم جزء ١١ :

صح يقيناً أن الله تعالى لم يوجب قط عليهم حكيم من هذه الأحكام ولا أباح أن يجمع عليهم
 غزبان من هذه الأغزاء في الدنيا وإنما أوجب على المحارب أحدها لا كلها . ولا اثنين منها ولا
 ثلاثة فصح بهذا يقيناً لا شك فيه أنه إن قتل فقد حرم صلبه وقطعه ونفيه . وأنه إن قطع فقد حرم
 صلبه وقطعه ونفيه وأنه إن نفى فقد حرم قتله وصلبه وقطعه . وأنه إن صلب فقد حرم قتله
 وقطعه ونفيه فلا يجوز البتة غير هذا .

فلا يحل أن يجمع عليه أمران لأن الله تعالى إنما أمر بذلك بلفظ (أو) وهو يقتضى التخيير
 ولا بد - ولو أراد الله تعالى جمع ذلك لقال : أن يقتلوا ويصلبوا وتقطع أيديهم وأرجلهم
 من خلاف .

وانظر ص ٩٩ من المدونة جزء ١٦ .

قلت : ويصلبه قال : قال مالك لم أسمع أحداً صلب إلا عبد الملك بن مروان فإنه كان
 صلب الذي كان يقال له الحارث (قال) قال مالك وذلك إلى الإمام يجتهد فيه . وكيف يصلبه في
 قول مالك أحياً أم ميتاً (قال) لم أسمع من مالك إلا ما أخبرتك بما ذكر عن عبد الملك بن مروان
 فإنه صلب الحارث وهو حي وطمعته بالحربة بيده (قال) وأنا أرى أن يصلب حياً ويطن بعد
 ذلك . وانظر ص ٥٠٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ .

(١) وإن قتل ولم يأخذ المال حتم قتله ولم يجز لولى الدم العفو عنه . انظر المهذب

جزء ٢ ص ٢٨٤ .

٤ - إذا أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا . فإنه ينفى ويشرد .
وفي النفي تفصيل أفاض فيه الفقهاء ذكرناه في بحث سابق فيحسن
الرجوع إليه^(١).

وقال مالك إذا قطع الطريق فرآه الإمام جلدأ ذا رأى قتله ، وإن
كان جلدأ لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله .

وقد قال صاحب المغنى فى ذلك :

لا يقتل إذا لم يقتل لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ
مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد إيمان ، أو زنا بعد إحصان ، أو
قتل بغير حق^(٢) .

وهو رأى الحنفية أورده الجصاص .

٥ - أن يتوب قبل القدرة عليه .

التوبة فى الحرابة :

إذا تاب المتهم فى جريمة قطع الطريق فلا يخلو الأمر من حالين :
الأول : أن يتوب قاطع الطريق بعد القدرة عليه . أى بعد معرفته
والقبض عليه فلا يسقط عنه . ويجب عليه الحد باعتبار ما فعل من جرمته
على حسب التفصيل السابق ذكره .

الثانى : أن يتوب قاطع الطريق قبل القدرة عليه . فقد نصت الآية :

« إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم » .

ونبحث أمرين :

الأمر الأول : حقوق السلطة العامة فى جريمة قطع الطريق ، قال
مالك والشافعى وأصحاب رأى وأبو ثور والحنابلة : إن الحد يسقط عنهم
لما ورد فى الآية الصريحة ، « فعلى هذا يسقط عنهم وجوب القتل والصلب
والقطع والنفى » .

(١) انظر ص ٨٨ ، ١١٣ من العقوبة فى الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ٣٠٦ جزء ١٠ من المغنى ، وانظر ص ٤٩٧ الجصاص جزء ٢ .

الأمر الثاني : حقوق الأفراد الخاصة في جريمة قطع الطريق يجب عليهم هذه الحقوق . فيبقى عليهم القصاص في النفس والجراح وغرامة المال في السرقة والدية إذا سقط القصاص ، والأرث أو حكومة العدل بحسب الأحوال^(١).

وقال الليث بن سعد لا يطالب بهذه الحقوق^(٢).

كيفية التوبة :

تفرق الرأى في ذلك إلى أقوال ثلاثة :

١ - أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام ، أو أن يلقى سلاحه ويأتى الإمام طائعاً .

٢ - يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه وتظهر توبته لجيرانه .

٣ - يأتى الإمام . فإن لم يترك ما هو عليه لم يسقط عنه الحد^(٣).

هل إقامة الحد على قاطع الطريق كفارة لذنوبه ؟

قال الجصاص :

إقامة الحد على قاطع الطريق لا تكون كفارة لذنوبه لإخبار الله تعالى بوعيده في الآخرة بعد إقامة الحد عليهم قوله تعالى : « إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم » استثناء لمن تاب منهم من قبل القدرة عليهم وإخراجه لهم من جملة من أوجب الله عليه الحد لأن الاستثناء إنما هو إخراج بعض ما انتظمته الجملة منها كقوله تعالى : « إلا آل

(١) انظر ص ٣١٥ من المغنى لابن قدامة جزء ١٠ ، وانظر ص ٨٦ جزء ٢ من لا خسر ، انظر ص ٥٠١ جزء ٢ الجصاص .

وانظر ص ٢٨٥ المهذب جزء ٢ ، انظر ص ٢٠٦ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

(٢) انظر ص ٢٤٩ جزء ١ أحكام القرآن لابن العربي .

(٣) انظر ص ٢٠٩ الذخيرة للقرافي جزء ٨ حيث وضح أقوال المذهب في ذلك .

وانظر ص ٣٨٢ بداية المجتهد جزء ٢ لابن رشد .

لوط إنا لمنجهم أجمعين إلا امرأته « فأخرج آل لوط من جملة المهلكين وأخرج المرأة بالاستثناء من جملة المنجين . وقوله تعالى : « قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف » عقل بذلك سقوط عقوبات الدنيا والآخرة عنهم، فإن قال قائل قد قال في السرقة : « فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم » ومع ذلك فليست توبة السارق مسقطاً للحد عنه . قيل له : لأنه لم يستنهم من جملة من أوجب عليهم الحد، وإنما أخبر أن الله غفور رحيم لمن تاب منهم . وفي آية المحاربين استثناء يوجب إخراجهم من الجملة^(١).

(١) انظر ص ٥١ جزء ٢ . أحكام القرآن .

الفصل الثاني

جريمة الزنا

في الفقه الحديث :

تنص المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات المصري على :
« لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها، إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها » .

وتنص المادة ٢٧٤ :

والمرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت .

وتنص المادة ٢٧٥ :

« ويعاقب أيضاً الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة » .

وتنص المادة ٢٧٦ :

« الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه، أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم » .

وتنص المادة ٢٧٧ :

« كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور » .

فالزنا يعاقب عليه في التشريع الوضعي على اعتبار أن فيه إخلالا بعقد الزواج . وقد كانت هذه المواد على قلتها مجالا لبحوث كثيرة في موضوع الزنا . وقد كتبت فيه أبواب كثيرة ورسالات عديدة . ولا يهمننا في هذا المؤلف أن نفيض في الكتابة عن الزنا في التشريع الوضعي . فالمراجع كثيرة كما أسلفنا . إنما يهمننا أن نبرز الفروق الواضحة بين هذه الجريمة في ذلك التشريع وفي الفقه الإسلامي لنرى الخلاف بين الفكرتين .

ويهمننا أن نوضح أن القانون المصري أسوة بالقانون الفرنسي فرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة من أربعة وجوه :

١- إن الجريمة لا تقوم بالنسبة إلى الزوج إلا إذا زنى في منزل الزوجية . أما الزوجة فيثبت زناها في أى مكان .

٢- أن الزوجة إذا زنت تعاقب بالحبس مدة أقصاها سنتان . أما الزوج فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور .

٣- أن للزوج أن يعفو عن زوجته بعد الحكم عليها . أما الزوجة فلم ينص على أن لها حق العفو عن زوجها بعد الحكم عليه نهائياً .

٤- أن الزوج يعذر إذا قتل زوجته حال تلبسها بالزنا ويخفف عقابه . أما الزوجة فلا عذر لها في مثل هذه الحالة .

ونبحث أمرين اعترضنا سبيل التشريع الوضعي :

١- إلغاء العقاب في جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدني .

٢- حذف الفروق الموجودة بين جريمة زنا الزوج وزنا الزوجة .

أولاً- إلغاء العقوبة في جريمة الزنا وترك الأمر للقضاء المدني :

يبحث هذا الأمر في هولندا عندما شكلت لجنة لتحرير قانون العقوبات الهولندي فاقترحت هذه اللجنة حذف الزنا من عداد الجرائم بحجة أن كل عقوبة توضع للزنا هي عقوبة ظالمة وغير زاجرة، لأنه إما أن تحصل المحاكمة

على الجريمة بدون أخذ رأى الزوج، وحينئذ يزداد خطر الفضيحة وأضرار المحاكمة الذى تحدته الجريمة بالمجتمع الإنسانى . وإما أن يخول الزوج وحده حق رفع الشكوى ، وحينئذ يتوقف العقاب على مزاج الزوج ودرجة تأثيره^(١)، ومن ناحية أخرى إن عقوبة الزنا ليس لها أى أثر مانع، إذ لا تكفى العقوبة لإيقاف من لا توقفهم اعتبارات أسمى وأعظم شأنًا . وأخيراً فإن الحكم المدنى بالطلاق أو الفرقة هو التعويض الطبيعى الفعال عن الإخلال بعهد الزواج ، ومتى أمكن الحصول عليه فلا فائدة لغيره من الحلول . ومع ذلك لم تأخذ الحكومة الهولندية بهذه الأسباب ولم تحذف الجريمة من القانون . كما أن غالبية التشريعات الأجنبية تعاقب على هذه الجريمة، وذلك لأمرين:

١ - لحماية الزوج المحبى عليه الذى جرح فى عواطفه وشرفه .

٢ - لحماية نظام الأسرة الذى هو فى الواقع الصورة المصغرة للمجتمع الكبير .

ونظراً لأن الأمر الأول ترعاه الدولة أكثر من حقها نفسه فإنه فى معظم القوانين الوضعية تمتد سلطة الشخص المضرور إلى حد منع المحاكمة . وفى هذه القوانين يخول الزوج حق إيقاف الدعوى العمومية فى أثناء سيرها وتحرير الزوجة من نتائج الحكم الصادر عليها^(٢).

ثانياً - حذف الفروق بين الزوج الزانى والزوجة الزانية .

إن المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة من حيث تكوين جريمة الزنا لا تتفق مع العقليات البشرية .

ويقرر الفقهاء الفرنسيون بأن الزوجة التى تخرق قوانين الحياة فإنها تسلم نفسها تسليماً تاماً لمن يستولى عليها . فن جانبها ليست المسألة مسألة خطأ عارض عمر فلا يعتد به . إذ هى لا تقع فى وهدة السقوط إلا بعد أن تقطع

(١ ، ٢) انظر ص ٦٨ من الموسوعة جزء ٥ .

في الغالب نهائياً الصلات التي تربطها بعائلتها وعلى الخصوص بزوجها ، فإذا ارتكبت فعل الزنا ولو مرة واحدة فإن هذا كاف لهدم الزواج وانحلال العائلة . ويرون بناء على ذلك أنه بينما تتحقق جريمة الزنا من جانب الزوجة بفعل واحد من أفعال الزنا ، لا يجب أن تتحقق هذه الجريمة من جانب الزوج إلا إذا زنا غير مرة بامرأة أعدها لذلك^(١).

وفي الواقع زنا الزوجة يؤدي إلى نتائج أسوأ من زنا الزوج للأسباب الآتية :

- ١ - لأنه يمكن أن يدخل في العائلة طفل غير شرعى .
- ٢ - لأنه في حالة الرأى العام الذى لا يستطيع الشارع أن يتجاهله يلحق العار بالزوج ويجعله موضعاً للهزاء والسخرية^(٢).

* * *

فالزنا في الفقه الغربى يقترن بالزواج سواء من ناحية الزوج أو الزوجة . أما الاتصال الجنسى غير الشرعى بين الرجل والمرأة بالاختيار فلا عقاب عليه إلا إذا كانت المرأة أقل من ١٨ سنة^(٣). ولا نريد أن نتوسع في الكتابة في شرح نصوص القانون الوضعى . وإنما أوردناها لنقارن بين ما جاء بها وما وجدناه في الفقه الإسلامى .

* * *

أما في الفقه الإسلامى فنجد أن الزنا عام شامل العلاقة الجنسية غير الشرعية سواء كان الزانى متزوجاً أو غير متزوج . فكل اتصال جنسى كامل بين رجل وامرأة بشروط خاصة هو زنا يعاقب عليه بعقوبة الزنا .

(١) انظر ص ٦٩ من المرجع السابق .

(٢) انظر ص ٦٨ من المرجع السابق .

(٣) انظر المادة ٢٦٩ من قانون العقوبات المصرى .

تعريف الزنا :

تعدد التعاريف باعتبار الخلاف بين مختلف المذاهب في الفروع، ويحسن أن نختار تعريفاً انتقيناها من كل مذهب من أحد كتبه الهامة .

فالفقيه القرافي المالكي يعرف الزنا في كتاب الذخيرة بأنه :

« انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم في غير الملك ولا شبهته^(١) » .

والشيرازي الشافعي يعرفه :

« بأنه وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد

ولا شبهة عقد ولا ملك ولا شبهة ملك وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم^(٢) »

وصاحب بدائع الصنائع الحنفى يعرفه :

« الزنا هو اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار

العدل ممن التزم أحكام الإسلام ، العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن

حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته^(٣) » .

وعرفه ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغنى :

« من وطئ امرأة في قبلها حراماً لا شبهة له في وطئها إنه زان يجب الحد

(١) انظر ص ١١٤ جزء ٨ من الذخيرة ، انظر ص ٨٣ جزء ٢ من ابن العرب .

« الزنا هو الوطء المحرم شرعاً في غير ملك ولا شبهة الملك سواء كان في قبل أو دبر في ذكر أو أنثى » ، انظر ص ٣٦٢ بداية المجتهد لابن رشد « الزنا هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين » .

(٢) انظر ص ٢٦٦ المهذب جزء ٢ للشيرازي . وقال الماوردي : الزنا هو تفتيت البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر بمن لا عصمة بينهما ولا شبهة وجعل أبو حنيفة الزنا مختصاً بالقبل دون الدبر .

(٣) انظر ص ٣٣ البدائع جزء ٧ ، انظر ص ٢٤٧ أبو يعلى وقد جاء في فتح القدير جزء ٤ ص ١٣٩ .

« الزنا هو إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشبهة حالاً أو ماظياً بملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقياً فقدعت على ذكره فتركها حتى أدخلته فإنها يمدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين » .

إذا كملت شروطه . والوطء في الدبر مثله في كونه زنا لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا^(١) .

وعرفه الحلى وهو من الشيعة الإمامية بأنه «إيلاج الإنسان فرجه في فرج امرأة من غير عقد ولا ملك ولا شبهة بغيوبة الحشفة قبلا أو دبرا^(٢)» . وسنتكلم في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي في ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أركان جريمة الزنا .

المبحث الثاني : أدلة الإثبات في الزنا .

المبحث الثالث : فروق جوهرية بين التشريعين .

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

لكل جريمة أركان لا تتوافر إلا بها ، وأركان جريمة الزنا هي :

١ - الفعل المادى «الوطء» .

٢ - شروط في الزانى أو الزانية .

٣ - القصد الجنائى .

الركن الأول - الفعل المادى :

الوطء :

من أهم الأركان التى تستوجب العقوبة في جريمة الزنا الوطء، والوطء الذى يوجب الحد هو إيلاج الحشفة وتغيبها في الفرج أو قدرها من مقطوعها .

(١) انظر ص ١٥١ المفتى جزء ١٠ .

« الزنا يجب بغيوبة حشفة ذكر البالغ العاقل في أحد الفرجين قبل أو دبر من لا عصمة بينهما ولا شبهة » .

(٢) انظر ص ٢٩١ للحلى طبعة الأوقاف .

والوطء يتناول الإيلاج المجرد عن الإنزال فإنه ليس بشرط هنا . ولا يشترط أن يكون الوطء بإيلاجه فإنه لو كان مستلقياً فأدخلت ذكره في فرجها^(١) لزمهما الحد .

جاء في الزيلعي :

« يجب أن يسأل الإمام الشهود عن نفس الزنا وماهيته . وهو إدخال الفرج في الفرج لأنه يحتمل أنهم عنوا به غير الفعل في الفرج . فلأن بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة . حكم بالحد^(٢) . »

وجاء في المهذب :

« والوطء الذي يجب به الحد أن يغيب الحشفة في الفرج فإن أحكام الوطء تتعلق بذلك ولا تتعلق بما دونه، وما يجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر لأنه فرج مقصود، فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل، ولأنه إذا وجب بالوطء في القبل وهو ما يستباح أولى^(٣) . »

أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « جاء الأسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراماً أربع مرات ، كل ذلك يعرض عنه ، فأقبل في الخامسة فقال : أنكحتها ؟ قال نعم : قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ قال : نعم قال : كما يغيب المروء في المكحلة ، وكما يغيب الرشاء في البئر ؟ قال نعم : قال فهل تدري ما الزنا ، قال نعم . أثبت منها حراماً مثل ما يأتي الرجل من

(١) انظر ص ٦١ الدرر الحكام ، ص ٢٧٨ جزء ٤ الشرح الكبير للدردير « الوطء لغيب الحشفة أو قدرها ولو بمائل خفيف لا يمنع اللذة - أو بغير انتشار » .

وإيلاج بعض الحشفة غير موجب للحد لأنه ليس وطئاً ولذا لم يوجب الفسل ولم يفسد الحج كما في الجوهرة . انظر ص ٢١٧ جزء ٣ ابن عابدين .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

امراته حلالا . قال فما تريد بهذا القول ؟ قال أريد أن تطهرنى . فأمر به فرجم^(١) .

هذا القول جميعه ينطبق على الرجل لأنه هو المباشر للزنا وهو المولج
فما حكم المرأة فى ذلك الأمر ؟

جاء فى كتاب أحكام القرآن لابن العربي :

« قوله تعالى : الزانية والزانى . فذكر الذكر والأنثى فيه والزانى كان يكفى عنه ، قلنا هذا تأكيد للبيان . كما قال والسارق والسارقة ، ويحتمل أن يكون ذكر فى الزنا لثلاثا يظن ظان أن الرجل لما كان هو الواطئ والمرأة محل ، ذكرها رفعا لهذا الإشكال الذى أوقع جماعة من العلماء حتى قالوا لا كفارة على المرأة فى الوطء فى رمضان ، لأنه قال : جمعت أهلى فى رمضان . فقال النبى صلى الله عليه وسلم « كَفَّرَ » والمرأة ليست بمجامعة ولا واطئة فالمرأة تتصف بالوطء فكيف بالجماع الذى هو مفاعله ، هذا ما لا يخفى على لبيب^(٢) .

وعند أبى حنيفة لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية فى غير قبلها .
وقال بعكس ذلك أبو يوسف ومحمد والشافعى فهو كالزنا عندهم
وتفصيل ذلك :

ولو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه ،
لما روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني
لقيت امرأة فأصبت منها كل شيء إلا الجماع ، فأنزل إليه تعالى « أقم الصلاة ... »
الآية ، فقال الرجل إني هذه الآية ؟ قال « لمن عمل بها من أمتى » رواه
النسائى - ولو وجد رجل وامرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم

(١) انظر ص ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ لابن العربى جزء ٢ وانظر تفصيل الموضوع فى ص ١٣٩ فتح
القدير جزء ٤ .

هل وطئها أو لا فلا حد عليهما، فإن قالوا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالتقول قولها ، وبه قال حماد والشافعي وأصحاب الرأي ، وإن شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر، لأن الشهادة بالزنا تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولها ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية عنه لأن ما ادعيه يحتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه^(١).

اللواط :

قال تعالى : « ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد العالمين » .

وقال الرسول « لعن الله من عمل عمل قوم لوط » .
ويرى أبو حنيفة أنه لا يجب فيه حد الزنا لأنه ليس بمحل الوطء في شبه غير الفرج . وفيه التعزير ويسجن حتى يموت أو يتوب . ولو اعتاد اللواط قتله الإمام سياسة لا حداً .

وقول مشهور للشافعي ورواية عن أحمد وابن عباس والزهرى وربيعة ومالك والأوزاعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور - أن فيه الحد^(٢).

وفي حد اللواط قولان :

١ - قول، إنه يجب فيه ما يجب في الزنا، فإن كان غير محصن وجب عليه الجلد والتغريب، وإن كان محصناً وجب عليه الرجم، لما روى أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ولأنه حد يجب بالوطء فاختلف فيه البكر والثيب كحد الزنا .

(١) انظر ص ١٦٢ جزء ١٠ المفتي .

(٢) انظر ص ٦٦ حاشية الثرلبلالية جزء ٢ (قوله أو أتى في دبر : شامل دبر زوجته) .

٢ - والقول الثاني أنه يجب قتل الفاعل والمفعول به، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به »، ولأن تحريره أغلظ فكان حده أغلظ .

وكيف يقتل ؟ فيه وجهان :

أحدهما : أنه يقتل بالسيف لأنه أطلق القتل في الخبر فانصرف لإطلاقه إلى القتل بالسيف^(١).

والثاني : أنه يرمي لأنه قتل يجب بالوطء فكان بالرمم قتل الزنا . ومن هذا الرأي أحمد^(٢) ومالك^(٣) والليث .

الخنثى :

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

(١) انظر ص ٢٦٨ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٦٢ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ٢٤٨ الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء .

(٣) انظر ص ١٣٥ اللخيرة جزء ٨ وانظر المدونة : ص ١٣ جزء ١٦ :

قلت أرأيت من أتى امرأة في دبرها وليس له بامرأة ولا بملك يمين أيحد في قول مالك حد الزنا ؟ (قال) نعم يحده حد الزنا لأن مالكاً قال هو وطء - قلت : أرأيت إن فعل ذلك رجل بصبي أو بكبير ما حدهم ؟ قال : قال مالك : من فعل ذلك بصبي رجم ولا يرمي الصبي وإن فعل ذلك بكبير بكبير رجم أحسن أو لم يحصنا (وانظر الرأي الآخر في ص ٣٤ البدائع جزء ٧) : « الوطء في الدبر في الأثني أو الذكر لا يوجب الحد عند أبي حنيفة وإن كان حراماً لعدم الوطء في القبل فلم يكن زنا وعندهما والشافعي يوجب الحد وهو الرجم إن كان محصناً والجلد إن كان غير محصن لا لأنه زنا بل لأنه في معنى الزنا لمشاركة الزنا في المعنى المستدعي لوجوب الحد وهو الوطء الحرام على وجه التحض فكان في معنى الزنا فورود النص بإيجاب الحد هناك يكون وروداً ههنا دلالة ولأبي حنيفة ما ذكرنا أن اللواط ليست بزنا لما ذكرنا أن الزنا اسم للوطء في قبل وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل ولو كان هذا زناً لم يكن لاختلافهم معنى لأن موجب الزنا كان معلوماً لهم بالنص فثبت أنه ليس بزنا ولا في معنى الزنا أيضاً لما في الزنا من اشتباه الأنساب وتضييع الولد ولم يوجد ذلك في هذا الفعل . إنما فيه تضييع الماء المهين الذي يباح مثله بالزنا وكذا ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر . فاختلف الصحابة يستوجب التزجير في هذا الفعل » .

لا حد على واطئ الخنثى في قبله لأنه ككثبة، فإن واطئ في دبره فالظاهر أنه يقدر أنثى فيكون فيه الجلد كإتيان أجنبية بدبر . ولا يعتبر ذكراً ملوطاً به . بحيث يكون فيه الرجم « عند من يقول بذلك » ولا حد عليه إن واطئ هو غيره للشبهة ، إذ ليس ذكراً محققاً إلا أن يبنى فلا إشكال^(١)

المساحقة :

وهو أن تأتى المرأة المرأة .

روى أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :

« إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة من غير لبلاغ فوجب بها التعزير دون الحد ، كمباشرة الرجل المرأة فيما دون الفرج^(٢) فلا حد عليه .

وطء البهيمة :

إذا واطئ رجل بهيمة أو إن مكنت المرأة قرناً منها ففي الموضوع روايتان :

١- رواية عن أحمد وابن عباس وعطاء والشعبي والنخعي^(٣) ومالك والثوري وأصحاب الرأي . وقول للشافعي - أن في ذلك التعزير ولا حد فيه^(٤) .

(١) انظر ص ٢٧٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢٦٩ المهذب جزء ٢ وانظر ص ١٣٦ من اللخيرة جزء ٨ للقرافي المالكي .

(٣) هو إبراهيم بن يزيد بن قيس النخعي الكوفي الفقيه . روى عن مسروق وعلقمة وشريح وغيرهم . وهو شيخ حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة قال الشعبي : ما ترك أحداً أعلم منه قيل : ولا الحسن وابن سيرين ؟ قال : ولا الحسن وابن سيرين . وعن مذهبه تفرع مذهب الحنفية . مات وهو مختلف عن الحجاج بن يوسف سنة ٩٦ هـ .

(٤) انظر ص ٣٤ من بدائع الصنائع جزء ٧ ، وانظر ص ١٥٠ فتح القدير جزء ٤ .

٢ - رواية أخرى عن أحمد أن حده حد اللواط . وقال الحسن حده حد الزاني^(١).

ورد في الدرر الحكام :

إن كانت البهيمة مما لا يؤكل تذبح ثم تحرق بالنار ولا تحرق قبل الذبح
وضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت لغیره لأنها قتلت لأجله، والإحراق ليس
بواجب وإنما يفعل لئلا يعبر الرجل بها إن كانت باقية فيقطع التحدث به .
وإن كانت مما يؤكل تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة .

وطء الميتة :

وإن وطئ الميتة ، ففيه وجهان :

١ - أحدهما عليه الحد وهو قول الأوزاعي لأنه وطء في فرج آدمية
فأنشبه وطء الحية ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة
الميتة^(٢).

٢ - والثاني لا حد عليه وهو قول الحسن . قال أبو بكر : وبهذا أقول
لأن الوطء في الميتة كلا وطء لأنه عضو مستهلك ولأنه لا يشبه مثلها وتعافها
النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجراً .
وفي هذا يجب التعزير^(٣).

(١) انظر ص ١٦٣ المغني جزء ١٠ وص ١٣ من المدونة جزء ١٦ .
« قلت أرأيت الرجل يأتي البهيمة ما يصنع به في قول مالك . قال أرى فيه النكاح ولا أرى فيه
الحد ، قلت فهل تحرق البهيمة في قول مالك . قال لم أسمع من مالك فيه شيئاً ولا أرى أن تحرق » .
وانظر ص ١١٥ من الذخيرة للقرافي المالكي « ولا يحسد بالبهيمة عند ابن القاسم لتعذر قياسها
على الأدمية لقيام الفارق » . وانظر ص ٣٢٤ جزء ٣ الجصاص .
(٢) انظر ص ١٢٠ الذخيرة الجزء الثامن « ويحد الحي بالميتة » .
(٣) انظر ص ١٥٢ المغني جزء ١٠ ، ٢٦٩ المهذب جزء ٢ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ،
١١٥ الذخيرة الثامن .

وإن أدخلت المرأة ذكر ميت غير زوجها فلا تحد لعلم اللذة كالصبي^(١)

وطء النائمة :

بالنوم ترتفع المسئولية : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . رفع القلم عن ثلاثة . . ذكر منهم النائم ، ولذلك فإن النائم لا يسأل عن أفعاله ولا عن قصر فاته .

فإذا زنى رجل بنائمة فالحد عليه لا عليها — أما إذا كانت متناومة فالحد عليها أيضاً .

وإذا استدخلت امرأة ذكر نائم في فرجها فلا حد عليه والحد عليها^(٢)؛

الركن الثاني — الزاني والزانية :

نتكلم في هذا الركن في أمور :

أولاً : شروط في الزاني أو الزانية لوجوب العقاب .

ثانياً : المرأة المستأجرة .

ثالثاً : الزنا الذي لا حد فيه .

أولاً — الشروط الواجب توافرها لتوقيع العقاب :

من أقوال الفقهاء نستخلص الأمور الآتية لكي يجب الحد .

١ — الحرية :

فيلزم أن يكون الجاني حراً غير رقيق . قال الله تعالى « فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب » .

فالعقوبة تنصف إذا كان الجاني رقيقاً .

(١) انظر ص ٢٧٩ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، هامش ٩٠ من هذا الكتاب .

(٢) انظر ص ١١٥ الأخيرة جزء ٨ : وإن زنى بنائمة حد ولها الصداق .

والأمة لا تحصن الرجل . فلو كانت المرأة أمة فلدخل بها زوجها ثم
اعتقها المولى فلم يدخل بها زوجها بعد العتق لا يكفل إحصانه^(١).

٢ - العقل :

فهو شرط لوجوب العقوبة . فالجنون لا يخاطب بالشريعة لفقدان عقله
أو نقصانه .

قال الرسول « عندما أقر ماعز بالزنا : أمجنون هو ؟ قالوا : ليس
به بأس » .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده : « أهلك
جنون ؟ » وروى أبو داود بإسناده قال : « أتى عمر بمجنونة قد زنت
فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فر بها على بن أبي طالب رضى
الله عنه فقال : ما شأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر
ان ترجم ، فقال أرجعوا بها ثم أتاه فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم
قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن
الصبي حتى يحتلم . قال : بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء . قال
فأرسلها . قال : فجعل عمر يكبر^(٢) » .

٣ - البلوغ :

فهو شرط لوجوب العقوبة لما روى عن سيدنا على بن أبي طالب .
فالاختلام هو فيصل البلوغ^(٣). ونبحث بعض فروض اختلف فيها الفقهاء .

(١) انظر ص ١٧٢ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى على الزيلعي .
(٢) انظر ص ١٤٦ من الذخيرة للقراي « وإن كان أحدهما مجنوناً تحصن الماقل خاصة
قوله مالك وابن القاسم . وقال أشهب المعتبر الزوج إن كان عاتلاً فيحصن هو وهى أيضاً إن زنت
فى إفاقتها أو مجنوناً لم يتحصن مماً . وقال عبد الملك : إن صح العقد منهما أو من وليهما تحصن مماً »
(٣) انظر المرجع السابق « قال اللخمي . ومتى كان الزوج وحده غير بالغ لم يكن واحد
منهما محصناً أما إذا كانت هى غير بالغة وحدها كان الزوج محصناً دونها لأن مقصود الوطء يحصل
من الصغيرة له ولا يحصل للمرأة من الصغير » .

١ - إذا زنى الصبي أو المحنون بامرأة مكلفة لا يجب عليها الحد عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف .

وحجّتهم في ذلك أن وجوب الحد على المرأة في باب الزنا ليس لكونها زانية لأن فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطء لأنها موطوءة وليست بواطئة وتسميتها في الكتاب العزيز زانية مجاز لا حقيقة . وإنما وجب عليها لكونها مزنياً بها وفعل الصبي والمحنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنياً بها فلا يجب عليها الحد . وفعل الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت البصية أو المحنونة مزنياً بها إلا أن الحد لم يجب عليها لعدم الأهلية . والأهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب (١) .

ويرى زفر والشافعي أن عليها الحد .

وحجّتهم في ذلك أنها زانية لأن الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا . والزنا منها متصور . فالمانع من وقوع الفعل زنا خص أحد الجانبين فيختص به المنع كالعاقل البالغ إذا زنا بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد وإن كان لا يجب عليها (٢) .

٢ - إذا زنى الرجل البالغ العاقل بصبية أو مجنونة فبرى الجمهور أن الحد على الرجل . ويفرق البعض فيما إذا كانت الصغيرة ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد وإن كانت ممن لا تصلح للوطء ففيها وجهان :

(١) لا يجب على واطئ من لم تبلغ تسع سنين الحد لأنها لا يشتهى مثلها فأشبه ما لو أدخل أصبعه في فرجها : وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشرًا لا حد عليها .

(ب) متى أمكن وطؤها . أو إن أمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطؤها أن الحد يجب على المكلف منهما، ولا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر، وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده

(١) انظر ص ١٨٣ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

قبله، كما أن البلوغ يوجد في خمسة عشر عاماً غالباً ولم يمنع من وجوده قبله^(١).

٤ - الإسلام :

هل يشترط لكي تجب العقوبة أن يكون الجاني مسلماً ؟
قال الرسول صلى الله عليه وسلم : من أشرك بالله فليس بمحصن .
فالمسلم يتزوج المسلمة فتحصنه . والكافرة لا تحصنه . ولهذا قال عمر الحذيفة
حين أراد أن يتزوج اليهودية : دعها فلانها لا تحصنك^(٢).
وبذلك قال الحنفية :

وقال مالك كقوله إلا أن اللّمة تحصن المسلم^(٣).

وقال الحنابلة والشافعي وأبو يوسف^(٤) والثوري : إن الإسلام ليس
بشرط لوجوب العقوبة بدليل أن الرسول رجم يهوديين زنياً^(٥) وذلك كان
أول رجم في الإسلام^(٦).

- (١) انظر ص ١٥٢ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ١١٥ الذخيرة جزء ٨ .
« ومن أثبت جرى عليه حكم الرجال . وفي المدونة إذا كان مثلها يوطأ وإلا فلا وقال ابن
القاسم يحد وإن كانت بنت خمس سنين . وفي كتاب الرضاع يحد بالميتة لأنها آدمية محرمة الوطء .
وفي الزام لا يحد لأنها لا تشتهى غالباً » .
- (٢) انظر ص ٣٨ البدائع جزء ٢٧ ص ٣٥ البدائع ، ١٣٢ فتح القدير جزء ٤ وانظر
ص ٣١٨ جزء ٣ أحكام القرآن الجصاص .
- (٣) انظر ص ١١٥ ، ١٤٦ الذخيرة جزء ٨ .
- (٤) انظر ص ١٦٣ الخراج ومع ذلك فقد ورد في كتاب الخراج : « وأحسن ما سمعنا
في ذلك والله أعلم أن الحر المسلم لا يكون محصناً إلا بامرأة مسلمة حرة وإذا كانت تحت امرأة من
أهل الكتاب فهو محصن لها وليست بمحصنة له » .
- (٥) انظر المهذب جزء ٢ ص ٢٦٧ ، ١٦٣ الشرح الكبير على المغني جزء ١٠ . وانظر
تفصيل المسألة في الذخيرة للقرافي جزء ٨ ص ١٤١ ، ١٤٢ ، ١٤٣ . وانظر ص ١١٥ .
- وعند مالك لا يحد المسيحي ويرد إلى أهل دينه ويعاقب بالتعزير إن أعلن الزنا .
فإن كان الزوج مسلماً وهي نصرانية يحصن دونها .
- (٦) انظر ص ١١٠ السياسة الشرعية لابن تيمية .

ويرد الحنفية على ذلك بالقول : إنما رجم رسول الله اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعها فلما تبين له أن ذلك حكم الله تعالى عليهم أقامه فيهم . ويقرر الطرف الآخر رداً على ذلك أنه حكم عليهم بما أنزل الله بدليل قوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً » .

ولأنه لا يسوغ للنبي صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته . ولو ساغ ذلك له ساغ لغيره . ولما راجع التوراة ليعرفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون شريعتهم مخالفون لحكمهم . وحكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتاً في حقهم يجب أن يحكم به عليهم فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان فيه، وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم فلم يحكم به النبي ؟

زنا الحربي المستأمن :

وهو الأجنبي الذي دخل ديارنا بأمان ، وفيه اختلف الفقهاء إلى أقوال :

١ - إذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة .

٢ - ولأبي يوسف رأيان :

(أ) قال أولاً : لا حد على واحد منهما .

(ب) ثم رجع عن ذلك وقال : عليهما الحد جميعاً .

٣ - وقال محمد بقول أبي يوسف الأول وهو أنه لا حد على واحد منهما

وإن زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستأمنة حد الرجل في قول أبي حنيفة

ومحمد ، وفي قول أبي يوسف يحدان جميعاً .

وتأصيل المسألة، أنه عند أبي حنيفة لا يجب على الحربي حد من الحدود

سوى حد القذف فلا يجب عليه حد الزنا .

وعند أبي يوسف يجب عليه كل الحدود سوى حد الشرب لأنه يعتقد حله وذلك لأن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دار الإسلام في المعاملات والسياسة ، كما أن الذي التزمها مدة عمره . ولهذا يحذف للقذف أيضاً ويقتل قصاصاً .

وعند أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل ديارنا للبقاء ، بل الحاجة يقضيها ويرجع علينا أن نمكنه من الرجوع^(١).

وعند محمد أن المسلم أو الذي إذا زنى بمستأمنة يجب الحد عنده على الفاعل .

والمسلمة أو الممثلة إذا زنت بمستأمن لا يجب الحد عنده عليها . فالأصل عنده : الزنا فعل الرجل ؛ والمرأة تبع لكونها محلاً فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الأصل .

وعند أبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لكونه مخاطباً بالمهرمات . وصار كما لو مكنت مسلماً فهرب نكحها لأن المانع خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيّاً أو مجنوناً لأنها لم يخاطبا .

هـ - أن توجد الأهلية والكمال في الزاني والزانية حال الوطء فيطأ

الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة :

وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن وابن سيرين والنخعي وقتادة والثوري وإسحق والحنايلة .

وقال مالك، إذا كان أحدهما كاملاً صار محصناً إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة لم يحصنها .

(١) ص ١٥٥ فتح القدير جزء ٤ . انظر ص ١٧٠ جزء ٧ الأم : عن وكيع عن سفيان الثوري عن سمالك عن قابوس بن الحارث أن محمد بن أبي بكر كتب إلى علي يسأله عن مسلم زنى بنصرانية فكتب إليه أن أقم الحد على المسلم وادفع بالنصرانية إلى أهل دينها .

واختلف عن الشافعي فقليل له قولان : أحدهما كقول أبي حنيفة .
والثاني : أن الكامل يصير حصناً دون الآخر، فإذا وطئ الصبي الحر
الصغير الكبيرة صارت محصنة دونه، كما أنه لا يجب على الصغير الحد ويجب
على الكبير^(١).

وقد جاء في المذهب للشيرازي .

وإن كان أحد الشريكين في الوطء صغيراً والآخر بالغاً، أو أحدهما
مستيقظاً والآخر نائماً، أو أحدهما عاقلاً والآخر مجنوناً، أو أحدهما عالماً
بالتحريم والآخر جاهلاً، أو أحدهما مختاراً والآخر مستكراً، أو أحدهما مسلماً
والآخر مستأماً - وجب الحد على من هو من أهل الحد ولم يجب على الآخر
لأن أحدهما انفرد بما يوجب الحد وانفرد الآخر بما يسقط الحد فوجب الحد
على أحدهما وسقط عن الآخر .

وإن كان أحدهما محصناً والآخر غير محصن وجب على المحصن الرجم
وعلى غير المحصن الجلد والتغريب، لأن أحدهما انفرد بسبب الرجم والآخر
انفرد بسبب الجلد والتغريب . وإن أقر أحدهما بالزنا وأنكر الآخر وجب
على المقر الحد، لما روى سهل بن سعد الساعدي أن رجلاً أقر أنه زنى بامرأة
فبعث النبي صلى الله عليه وسلم فجعلت فحد الرجل . وروى أبو هريرة
رضي الله عنه وزيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغدا يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت
فارجمها ، فأوجب الحد على الرجل وعلق الرجم على اعتراف المرأة^(٢).

(١) انظر ص ١٨١ الشرح الكبير على المغني جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٦٨ المذهب جزء ٢ .

الإحصان :

لكى يجب الرجم يجب أن يكون الجاني محصناً^(١). والإحصان فى اللغة عبارة عن الدخول فى الحصن . يقال أحصن أى دخل الحصن كما يقال أعرق أى دخل العراق . وأشأم أى دخل الشام . ومعناه دخل حصناً عن الزنا . وإنما يصير الإنسان داخلاً فى الحصن عن الزنا عند توافر الموانع وأهمها النكاح الصحيح . قال الرسول عليه السلام : « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث : الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » . ولا خلاف أن المراد بالثيب الذى وطئ فى نكاح صحيح . واختلف أصحاب أبى حنيفة هل يكون من شرط أن يكون الوطء بعد كماله بالبلوغ والعقل والحرية أم لا ؟

فنهى من قال ليس من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال ، فلو وطئ وهو صغير أو مجنون أو مملوك ثم كل فزنى رجم ، لأنه وطء أبيع للزواج الأول فثبت به الإحصان كما لو وطئ بعد الكمال . ولأن النكاح يجوز أن يكون له قبل الكمال فكذلك الوطء .

ومنهم من شرط أن يكون الوطء بعد الكمال . فلأن وطئ فى حال الصغر أو المجنون أو الرق ثم كمل وزنى لم يرجم وهو ظاهر النص^(٢).

(١) وشروط الإحصان سبعة : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والنكاح الصحيح والدخول فيه والإحصان حالة الدخول فيه ، انظر ص ١٧٢ جزء ٣ الزيلى : وقال الإيتافى وأما الإسلام فإنه شرط الإحصان فى ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعاً وروى عن أبى يوسف أن الإسلام ليس بشرط وهو قول الشافعى ، وثمرة الخلاف أن الذى الثيب الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم .

وانظر فى الشهادة على الإحصان المبسوط جزء ٩ ص ٤٢ وابن عابدين ص ٢٤٩ جزء ٣ . وانظر تفصيل معنى الإحصان فى القرطبى جزء ٥ ص ١٢٠ .

(٢) انظر ص ٣٨ بدائع الصنائع جزء ٢٧ انظر ص ١١١ فتح القدير . « وكون كل واحد من الزوجين مساوياً للآخر فى شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح فهو شرط خلافاً للشافعى . حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة =

ويجب أن يعلم أن حصول الوطء بنكاح صحيح شرط لحصول صفة الإحصان ولا يجب بقاؤه لبقاء الإحصان حتى لو تزوج في عمره مرة بنكاح صحيح ودخل بها ثم زال النكاح وبقي مجرداً وزنى يجب عليه الرجم^(١).

قال الشاعر :

شروط إحصان أت ستة فخلها من النظم مستفهماً
بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلماً
وعقد صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلن يرجما^(٢)

قال ابن عابدين :

وزيد عليها عندنا كونهما بصفة الإحصان وقت الوطء، وعدم الارتداد فصار ثمانية، ويزاد كون العقد صحيحاً فتصير تسعة، وقد غيرت هذا النظم جامعاً للتسعة فقلت :

شرائط الإحصان تسع أت متى اختل شرط فلا ترجما
بلوغ وعقل وحرية ودين وفقد ارتدادها
وطء بعقد صحيح لمن غدت مثله في الذي قدما^(٣)

= أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصناً بهذا الدخول. حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت. ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الإسلام أى يطأها إذا زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الأمة التى هى زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى، ما لم يطأها بعد الإعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهى صغيرة وكذلك لو كانت تحت حرة مسلمة وهما محصنان فارتداً مما بطل إحصانها فإذا أسلما لا يعود إحصانها حتى يدخل بها بعد الإسلام. »

وردد فى الخيرة جزء ٨ ص ١١٩ : والاحصان يثبت بشهادة شاهدين ولا يقبل فى الإحصان شهادة نساء معهن رجل .

(١) انظر ص ٦٣ جزء ٢ الدرر الحكام ، وص ٣٩ جزء ٩ المبسوط .

(٢) انظر ص ٣٩٤ جزء ٢ حاشية شرح تنوير الأبصار .

(٣) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ ابن عابدين .

٦ - أن يكون الجاني مختاراً :

من شرط توقيع العقاب أن يكون الجاني مختاراً فلو كان مكرهاً فقد أفاض في ذلك الفقهاء :

١ - قول لأبي حنيفة وزفر أنه يجب الحد لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الاختيار والطوعية فلا يسقط الحد .

٢ - ثم عاد أبو حنيفة في قوله وقال لا يحد لأنه شرع للزجر وهو ينزجر، وإنما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة . وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لأنه قد يكون طبعاً كما يكون طوعاً، ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وإن لم يكن له قصد واختيار^(١) ؟

كل ذلك فيمن أكرهه السلطان .

وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة وبعض الحنابلة ، ولا يحد عند أبي يوسف ومحمد لتحقيق الإكراه من غيره لأن المعتبر خوف الهلاك وذلك لا يختلف بين السلطان وبين غيره ، بل في غير السلطان أظهر لأنه يكون على عجلة خوفاً على نفسه من أولى الأمر فيستعجل قبل ظهور الأمر . ومن هذا الرأي الشافعي وابن المنذر وصاحب المغني^(٢) .

وحجة أبي حنيفة أن الإكراه من غير السلطان لا يدوم إلا نادراً لأن المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بجماعة من المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيلة^(٣) .

أما إذا أكرهت المرأة على الزنا فلا تحد لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنها مسلوكة الاختيار فلم يجب عليها الحد ، وقال بهذا جميع الفقهاء^(٤) .

(١) انظر ص ١٨٤ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٤ البدائع ٧ ، ١٥٩ المغني جزء ١٠ .

(٣) ص ٢٨٤ الزيلعي جزء ٣ ، ٢٦٧ المهذب جزء ٢ .

(٤) ص ١٥١ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ٣١٨ جزء ٣ الجصاص .

الزنا في حالة السكر :

على السكران حد الزنا إن فعل ذلك في سكره لأنه تسبب في السكر بنفسه، وقد يقال إن الحد لا يجب لأنه غير عاقل في سكره فيكون ذلك شبهة في درء ما يندرى بالشبهات ، ولأن طلاقه لا يقع في رواية فأشبهه النائم .
والرأى الأول أسلم لأن إسقاط الحد عنه بفضي إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ما أراد فلا يلزمه شيء^(١).

* * *

ثانياً - المرأة المستأجرة :

نجد هنا رأياً خطيراً للإمام أبي حنيفة ، ونعرض الأمر في تفصيل :
إن استأجر الرجل امرأة ليزني بها فزنى بها اختلف الفقهاء في وجوب الحد عليه .

١ - قال أبو حنيفة إنه لا يجب عليه الحد . أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد، وحجته في ذلك ما روى أن امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تتمكن من نفسها فدرأ عنها عمر الحد وقال هذا مهرها .
ولأن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى : « فما استمتعتم به منهن فأتوهن أجورهن فريضة » فصار شبهة لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة . ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لأزنى بك لم يجب الحد ، فكذلك إذا قال استأجرتك أو خلني هذا لأطأك .

٢ - وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : يجب عليه الحد لأنه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان زنا محضاً فيحد . وهذا لأن الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الأبضاع شرعاً فكان لغواً، كما لو استأجرها للطبخ أو الخبز ثم زنى بها ، لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان^(٢).

(١) انظر ص ٢٧٨ الدسوق جزء ٤ ، ١٧٠ المنى جزء ١ .

(٢) انظر بالتفصيل في هذا الموضوع المراجع الآتية : ص ١٩٤ المنى جزء ١٠ ، ١٣٧

الذخيرة ج ٨ ، ٣٦٨ المهذب ج ٢ ، ١٨٤ الزيلعي ج ٣ ، ١٧٩ اللسوق ج ٤ .

وقال محمد بن حزم بعد أن ناقش الحنفية في قولهم مناقشة قاسية : إن حد الزنا واجب على المستأجر والمستأجرة ، بل جرمهما أعظم من جرم الزاني والزانية بغير استئجار لأنهما زنيا كما زنى غيرهما ولا فرق ، وزاد المستأجر والمستأجرة مع الزنا حراماً آخر وهو أكل المال بالباطل^(١).

وفي هذا يقول :

وأما الحنفيون المقلدون لأبي حنيفة في هذا فن عجائب الدنيا، وأنى لهذا عملاً إذ يرون المهر في الحلال لا يكون إلا عشرة دراهم لا أقل ويرون الدرهم فأقل « التمر » مهراً في الحرام إلا أن هذا هو التطريق إلى الزنا وإباحة الفروج المحرمة وعون لإبليس على تسهيل الكبائر، وعلى هذا لا يشاء زان ولا زانية أن يزنيا علانية إلا فعلاً هذا وهما في أمن من الحد بأن يعطيها درهماً يستأجرها به للزنا فقد علموا الفساق الحيلة^(٢).

ثالثاً — الزنا الذي لا حد فيه :

هناك زنا لا حد فيه لأنه وطء غير مشروع كالنكاح بدون ولي، ووطء الصبي والمجنون، فإن هذا وإن كان زناً في اللغة إلا أنه لا يسمى زناً شرعاً^(٣). ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائنة ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن — وهذا قول أكثر الفقهاء^(٤). أما من يجمع من يحزم وطؤها لعارض كالحائض والنفساء ونحو ذلك فإن ذلك لا يسمى زناً شرعاً ولا لغة^(٥).

(١) (٢، ١) المجلد ٢٥١ ج ١١ ، وانظر ص ١٤٩ ج ٢ أحكام القرآن للجصاص .

(٣) انظر ص ٢٧٨ الدسوقي جزء ٤ .

(٤) انظر ص ٢٥٥ المغني جزء ١٠ .

(٥) انظر ص ٣٥ البدائع جزء ٧ .

« وكذلك وطء الحائض والنفساء والصائمة والمهرمة والمجنونة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو ألى منها لا يوجب الحد . وإن كان حراماً لقيام الملك والنكاح فلم يكن زناً » .

الركن الثالث — القصد الجنائي :

القصد الجنائي في جريمة الزنا قصد عام؛ فيعتبر الشخص جنائياً في الزنا متى ارتكب الفعل وهو عالم بأنه يجامع شخصاً محرماً عليه بالشروط التي شرحناها ، ويتفق في هذا الفقهاء الغربي والإسلامي .

ولكن البحث يثار في أمرين :

الأول : أن يزني الشخص وهو لا يعلم بأن الزنا محرم ، والثاني أن يخطئ الشخص في زوجته ويجامع أجنبية عنه .

الخطأ في القانون :

القاعدة العامة أنه لا يعذر أحد بجهله القانون، وقد رأينا في بحث سابق لنا أن الظاهر في الفقه الإسلامي أن الجهل بالقانون يصبح عذراً إذا لم يصحب الجهل تقصير^(١).

وقد ورد في الزيلعي :

قال الكمال رحمه الله : وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ، ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا لإجماع الفقهاء ، ولفظ المحيط : وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلاً زنى باليمن فكتب في ذلك عمر بن الخطاب إنه إن كان يعلم أن الله تعالى حرمه فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلموه، وإن عاد فاجلدوه، لأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم ولكن لا أقل من إيراث الشبهة لعدم التبليغ والإسماع للحرمة^(٢).

وقد ورد في المهذب للشيرازي :

وإن زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه، فإن كان قد نشأ فيما بين

(١) انظر ص ٢١٤ من العقوبة في الفقه الإسلامي للمؤلف .

(٢) انظر ص ١٦٥ الزيلعي جزء ٣

المسلمين لم يقبل قوله لأننا نعلم كذبه، وإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة من المسلمين، أو كان مجنوناً فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد^(١).

وقد ورد في المنفى لابن قدامة :

ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا : قال عمر وعثمان وعلى : لا حد إلا على من علمه . وبهذا قاله عامة أهل العلم . فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناسي ببادية، قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقاً . وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشئ بين المسلمين وأهل العلم ، لم يقبل ، لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه^(٢).

وورد في اللخيرة للقرافي :

وأوجب في الكتاب الحد على الأعجمي وحديث الإسلام والجاهل بالتحريم، وإنما ترك مالك الحديث لأن الزنا اليوم اشتهر بتحريمه بخلاف ذلك الزمان . وأخذ أصبغ بحديث مرغوس ودرأ الحد عن الجاهل للزنا^(٣).

الخطأ في الشخص :

وإذا وطئ الشخص امرأة أجنبية وجدت في فراشه ظاناً أنها زوجته ، فقد اختلف في حكمه الفقهاء .

فقال الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، والمالكية^(٦) إنه لا يحد لأنه يحتمل ما يدعيه وفي ذلك شبهة تدرأ الحد .

(١) انظر ص ٢٧٦ المذهب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٥٦ المنفى لابن قدامة جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١١٦ ، ١٢١ اللخيرة للقرافي جزء ٨ مخطوط .

(٤) انظر ص ٢٦٨ المذهب جزء ٢ .

(٥) انظر ص ١٥٥ المنفى جزء ١٠ .

(٦) انظر ص ٢٧٩ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ « حيث يدرأ الحد عن جاهل الغير وجاهل الحكم فالأول يمتنع أنها زوجته ثم تبين له أنها أجنبية وجاهل الحكم من يمتنع حل وطء الأجانب لكونه حديث عهد بالإسلام » .

- وقال الحنفية إنه يحسد لذلك، لأنه بعد طول عشرة زوجته لا تشبهه عليه حتى ولو كان أعمى لأن امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصبحبة « يعرفها بالجلس والنفس والرائحة والصوت » فلا يعذر بترك الفحص، إلا إذا دعاها فأجابته باسم امرأته فلا حد عليه، لأن ظنه استند إلى دليل شرعى وهو الإخبار^(١).

وقد درأ زفر الحد بالنسبة للأعمى إذ الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته ، فكان ظنه مستنداً إلى دليل ظاهر يوجب درء الحد^(٢).

المبحث الثانى

أدلة الإثبات فى الزنا

فى الفقه المصرى :

نصت المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات على أن «الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل، أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحریم » والنص المقابل فى القانون الفرنسى لا يقبل من الأدلة على الشريك سوى التلبس ووجود مكاتيب أو أوراق أخرى صادرة منه . أما الشارع المصرى فزاد الدليلين الآخرين بناء على طلب مجلس شورى القوانين .

ومن المقرر فقهما وقضاء أن القانون لم يحدد أدلة الإثبات فى جريمة الزنا إلا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية . أما الزوجة نفسها وكلما الزوج وشريكه فلم يشترط القانون بشأنهم أدلة خاصة ، بل ترك الأمر فى ذلك للقواعد العامة . فيجوز إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات القانونية^(٣).

(١) انظر ص ١٧٨ الزيلمى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٣٧ البدائع جزء ٧ ، ١٤٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٠٦ الموسوعة جزء ٤ .

ومع ذلك - يجب حتى في غير حالة الشريك - أن يراعى ، كما تقول محكمة النقض في صدد اتهام زوجة بالزنا ، أنه ليس من الجائز في مثل هذه المواد الخلة بالعرض والشرف أن يقبل القاضي مطلق دليل ولا أن يؤول الوقائع تأويلاً في مصلحة الاتهام ، بل يجب عليه الاعتراف مع القانون بأنها مما يجب فيها التحرج الشديد في قبول أدلتها وفي استنتاج النتائج من وقائعها أخذاً بتلك القاعدة الحكيمة قاعدة « درء الحدود بالشبهات »^(١).

ومن أظهر الأدلة على وقوع الزنا شهادة الشهود على حالة التلبس بالنسبة للشريك، أو شهادتهم بالنسبة للزوجة والزوج وشريكه على أية واقعة يمكن أن يستنتج منها القاضي وقوع الجريمة .

ويجوز للقاضي الجنائي أن يعتبر اعتراف الزوجة أو الزوج دليلاً كافياً على الزنا المنسوب إليهما .

ولا يخفى أن الاعتراف في المواد الجنائية لا يقيد القاضي ولا يمنعه من البحث وراء أدلة أخرى، وهو في باب الزنا أدعى للريبة، إذ قد يكون الباعث عليه الحصول على حكم بالطلاق^(٢).

في الفقه الإسلامي :

وقد فرضت الشريعة للإثبات في الزنا - وقد وجدت أن العقوبة شديدة جداً - أمراً عسيراً، فلم كان الإثبات بالبينة فشهادة أربعة يشهدون بالروية أما إن كان الإثبات بالإقرار فهناك شروط خاصة يلزم توافرها ويجوز فيه العدول ، على التفصيل الآتي :

أولاً - الإثبات بالشهادة :

اتفق الفقهاء على أن الزنا يثبت بالشهادة ، وأن العدد المشروط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى « ثم لم يأتوا بأربعة شهداء »

(١) نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مجموعة النقض ٢ رقم ١٢٩ ص ١٥٥ .

(٢) انظر ص ١٠٨ الموسوعة جزء ٤ .

و « فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقال عليه السلام للذى قذف امرأته : اثبت بأربعة يشهدون على صديق مقاتلتك وإلا فحد في ظهرك .

ويثبت الزنا بعلم الإمام . وقال أبو ثور - ونقل قولاً عن الشافعى - إنه يثبت به وهو القياس لأن الحاصل بالبينة والإقرار دون الحاصل بمشاهدة الإمام . ولكن الشريعة أهدرت ذلك بقوله تعالى : « فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون^(١) » .

وستكلم في الشهادة في الأمور الآتية :

- ١ - يلزم أن يكون الشهود أربعة عدول .
- ٢ - أن تكون بمعاينة فرجه في فرجها .
- ٣ - أن تكون صريحة على الفعل نفسه لا بالكناية .
- ٤ - أن لا تختلف في زمان ولا مكان .
- ٥ - أن لا تكون قد مضت عليها مدة التقادم .

أولاً - الشهود أربعة :

يلزم أن يكون الشهود على الزنا أربعة؛ وذلك لقوله تعالى : « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم » وقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » .
فلأن شهد على الزنا أقل من أربعة لم تقبل .
وقال الحنفية : يحدون حد القذف .

وقال الشافعى : إذا جاءوا بحجج الشهود لم يحدوا . لأن قصدهم إقامة الشهادة حسبة لله تعالى لا القذف .

فإذا شهد ثلاثة وقال الرابع رأيتهما في لحاف واحد ولم يزد على ذلك يحد الثلاثة عند الحنفية ولا حد على الرابع لأنه لم يقذف، إلا إذا كان قد قال في بداية الشهادة إنه قد زنى ثم فسر الزنا بما ذكر فحينئذ يحد .

(١) انظر حاشية الشلبى على الزيلعى ص ١٦٤ جزء ٣ .
وانظر ص ٢٠٧ من مؤلفنا نظرية الإثبات في الفقه الجنائى الإسلامى الطبعة الثانية .

وحجتهم ما رويوا أن ثلاثة شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا .. فقام الرابع وقال : رأيت أقداماً بادية ونفساً عالياً وأمرأً منكراً ولا أعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضى الله عنه : الحمد لله الذى لم يفصح رجلاً من أصحاب الرسول وحد الثلاثة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة . ولم ينكره أحد فيكون إجماعاً^(١).

ويجوز أن يكون الزوج من الشهود عند الحنفية والحسن البصرى والشعبي والأوزاعي في أحد قوليه خلافاً للشافعى ومالك والأوزاعي في قوله الآخر ، فهم يقولون : هو منهم فلا تقبل شهادته^(٢).

ويرى ابن حزم والظاهرية أن الحكم في هذا الأمر على ثلاثة وجوه :

- ١ - إذا كان الزوج قاذفاً فلا بد من أربعة شهود سواء وإلا حد، ويلاعن .
- ٢ - إذا كان الزوج غير قاذف ولكنه جاء شاهداً فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا كاملاً .
- ٣ - وإذا كان الزوج غير عدل، أو كان عدلاً وكان في الدين معه غير عدل، أو لم يتم ثلاثة سواء والشهادة لم تتم، فلا حد على الشهود وليس الشهود قلقة فلا حد عليهم ولا حد على الزوج ولا لعناً لأنه ليس قاذفاً^(٣).

وقد ذكر الفقيه الحرقى^(٤) الحنبلى في شهود الزنا سبعة شروط :

- ١ - أن يكونوا أربعة . قال سعد بن عباد لرسول الله صلى الله عليه وسلم : أرايت لو وجدت مع امرأتى رجلاً أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟

(١) انظر ص ٤٨ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ ، ص ١٦٥ جزء ٣ الزيلعى .

(٣) انظر ص ٢٦٣ المحل لابن حزم جزء ١١ .

(٤) هو عمر بن الحسين المعروف بأبى القاسم الحرقى ، تلقى عن صالح وعبداه ابنى الإمام أحمد وعن غيرهما من تلاميذه نبغ في فقه الإمام حتى ألف فيه عدة كتب أشهرها مختصره الذى شرحه ابن قدامة وسماه بالمغنى . وكان يقيم ببغداد ولما وجد الخلافات المذهبية بين الشيعة وسواهم جرت إلى النيل من الصحابة رحل عنها إلى دمشق وكانت وفاته بها سنة ٣٢٤ هـ . (انظر ابن خلكان جزء ١ ص ٣٧٩) .

فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « نعم » رواه مالك في الموطأ وأبو داود في سننه^(١).

٢ - أن يكونوا رجالاً كلهم . فلا تقبل فيه شهادة النساء، ولا نعلم فيه

(١) وإذا لم يكمل الشهود أربعة فعليهم الحد في قول الجمهور ومنهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعي فيهم قولان « أحدهما لا حد عليهم لأنهم شهدوا فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق » . ويرى الحنابلة رأي الجمهور انظر ص ١٨٠ المغني جزء ١٠ ، وانظر ص ١٨٠ المحلى جزء ١١ ، وانظر ص ٢١٦ الماوردي وانظر ص ١٢٢ الأخيرة (في الكتاب شروط الشهادة في الزنا أن يشهد أربعة في وقت واحد على وطء واحد في موضوع واحد بصفة واحدة لأنهم مأمورون بالستر فحيث خالفوا شدد عليهم ولأن الزنا فعلان فاحتاج كل منهما إلى شاهدين ويسألهم الإمام فان وصف ثلاثة وقال الرابع رأيته بين فخذلها حد الثلاثة للقدف وعوقب الرابع وإن لم يصفوا حدوا للقدف دون المشهود عليه) .
(حكمة اشترط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه واقصر عليه لنفي قول من قال إن حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج إلى اثنين فلزمت الأربعة . أما أن فيه تحقيق معنى الستر فلأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده إذا توقف على أربعة وليس لوجوده إذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء) .

وانظر ص ١٦٤ جزء ٣ حاشية الشلبى مع الزيلعي « قوله ولأن الله تعالى يحب الستر على عباده . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه الترمذي . قال الكمال : إذا كان الستر مندوباً ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهكذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به يل بمفهم ربما امتحن به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لأن المطلوب الشارع إخلاء الأرض من المعاصي والفواحش بالخلط المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فإذا ظهر حال الشره في الزنا مثلاً والشرب وعدم المبالاة به وإشاعته باخلاء الأرض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها . فن اقتصر بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للإخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مراراً متستراً متخوفاً متندماً عليه فإنه محل استحباب ستر الشاهد . وانظر ص ٢٦٠ المحلى : ويرى ابن حزم والظاهرية أنه لا يجب على الشهود أى حد سواء كان واحداً أو اثنين أو ثلاثة لأن الحد هو على القاذف الراى لا على الشاهد وقد صبح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا من شهركم هذا ، فبشرة الشاهد حرام ولم يأت نص قرآن ولا سنة صحيحة بجلد الشاهد في الزنا . وقد فرق القرآن والسنة بين الشاهد من البيئة وبين القاذف الراى .

خلافاً إلا ما روى عن عطاء وحامد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان، والجمهور أن هذا شذوذ لا يعمل عليه لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكورين ويقتضى أن يكتفى فيه بأربعة ولا خلاف في أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم^(١).

٣- الحرية : فلا تقبل فيه شهادة العبيد، ولا يعلم فيه خلاف إلا رواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل، وهو قول أبي ثور لعموم النص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحرة .

و « للحنابلة » أنه يختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لأنه يندريء بالشبهات .

٤- العدالة : ولا خلاف في اشتراطها، فلا تقبل شهادة الفاسق ولا من لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً^(٢).

(١) وانظر ص ١١٤ فتح القدير جزء ٤ .

وانظر ص ١٦٤ الخراج « قال : وحدثننا الحجاج عن الزهري قال : مضت السنة من لدن رسول الله والخليفين من بعده أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود » .

وانظر ص ٢٩٢ الحل للشيشي « ولا يكفى في البينة أقل من أربعة رجال ، أو ثلاثة وامرأتين ولو شهد رجلان وأربع نساء يثبت بهم الجلد لا الرجم ولا تقبل شهادة النساء منفردات ولو شهد ما دون الأربع لم يثبت وحدوا للفرية » .

(٢) فإن كملوا أربعة ولكن لا تتوافر فيهم الشروط كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات :

(أ) عليهم حد القذف وهو قول مالك وأصحاب السنن .

(ب) لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبي وأبو حنيفة ومحمد لأنهم أربعة شهداء فدخلوا في عموم الآية .

(ج) إن كانوا عياناً أو بعضهم حدوا . وإن كانوا عبيداً أو فساقاً فلا حد عليهم وهو قول الثوري .

وقال الشافعي وأصحابه : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والفسق ففيهم قولان وإن كان رد الشهادة لمعنى خفى فلا حد عليهم .

٥ - الإسلام : فلا تقبل شهادة أهل الذمة سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي^(١).

٦ - الشهادة صريحة بوصف الزنا والفعل نفسه ، بقوله رأيت الذكر في فرجها كالمرود في المكحلة والرشاء في البئر .

٧ - الشهادة من الأربع في مجلس واحد : فإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة .

وقال الشافعي والبي و ابن المنذر لا يشترط ذلك لقوله الله تعالى « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء » ، ولم يذكر المجلس ولأن كل شهادة مقبولة إن انفقت تقبل إذا افرقت في مجالس كسائر الشهادات^(٢).

ثانياً - معاينة فرجه في فرجها :

وعلى ذلك فيلزم أن يسأل القاضي الشهود عن ذلك فيسألهم عن الزنا ،

(١) انظر ص ١٦٤ الخراج .

(٢) انظر ص ١٧٩ المنى جزء ١٠ .

ولنا أن أبا بكره وفافعا وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المفيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فعد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشروط لم يجوز أن يحدهم لجواز أن يكلوا برابع في مجلس آخر ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته ولولا اشتراط المجلس لكلت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات فلا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد في مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا في مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالأدين لم يشهدوا في مجلس واحد .

ولنا قصة المفيرة فإن الشهود جاءوا واحداً بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حدوا لعدم كمالها . وفي حديثه أن أبا بكره قال : أرأيت إن جاء آخر يشهد أكننت ترجمه ؟ قال عمر إى واللى نفسى بيده ولأنهم اجتمعوا في مجلس واحد فأشبه لو جاءوا مجتمعين ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه . وإذا تفرقوا في مجالسهم فعليهم الحد لأن من شهد بالزنا ولم يكل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » وانظر ص ١٩٤ الزيلى جزء ٣ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ .

ما هو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا^(١) وبمن زنا ، لأنه عساه غير الفعل في الفرج ، عناه بأن ظن مماسة الفرجين حراماً زناً، أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا .

فلهذا الاحتمال سألته عن الزنا ما هو ولأنه يحتمل كونه كان مكرهاً ويرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً فيه . كذا يسألهم عن الزنى بها من هي ، وقياسه في الشهادة على زنا المرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه الاحتمال المذكور وهو جواز أن يكون صبيهاً أو مجنوناً بأن مكنت أحدهما فلا يجب عليها الحد في قول أبي حنيفة .

ولو قال الشهود تعمدنا النظر في فرجها قبلت شهادتهم . وقال البعض لا يقبل لإقرارهم على أنفسهم بالفسق لأن النظر إلى عورة الغير عمداً فسق . وإنما تقبل شهادتهم إذا وقع اتفاقاً من غير قصد . ويقول الحنفية إنه يباح النظر ضرورة لأن التعمد فيه للحاجة وهي الشهادة جائز ، كالطبيب والخاتن والقابلة ، والحاجة هنا ثابتة لإقامة الحسبة .

فإن اختلفت الشهود في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لأن التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاین كل فريق غير الذي عاینه الآخر .

(١) ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد - وعند الشافعي ومالك يحد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه . والأصل عند أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شيء من الحدود أي كحد الزنا والسرقه والشرب إلا حد القذف فإنه يجب حدهما ولكن أبا يوسف يوجب عليه جميع الحدود إلا حد الشرب والحاصل أن حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لأنه يراه حلالاً . وحد القذف يجب بالاتفاق لأن فيه حق العبد وحق الزنا والسرقه يجب عنده وعندهما ثم إن محمداً رحمه الله فرق بين المسلم أو الذي إذا زنى بجزية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو اللبية إذا زنت بجزية حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعاً لأن الأصل في الزنا فعل الذكر والمرأة تبع لكونها محلاً فوجب من امتناع الحد على الأصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الأصل . (انظر ص ١٨٢ جزء ٣ الشرعيات)

أو يحتمل أنه أخذ في الفعل في ثوب ثم لبس آخر . وفيه خلاف عن زفر والشافعي ، وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها أو في طولها وشعرها يقبل . والأصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار إليه لأن التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلاً لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به أصحابه^(١) .

ولذلك لو شهد أربعة بالزنا على رجل أو امرأة وهم عريان فينبغي للإمام أن يحدهم ولا حد على المشهود عليه^(٢) .

ثالثاً - الشهادة صريحة على الفعل نفسه :

يلزم أن تنصب شهادة الشهود أنفسهم على الفعل نفسه . فإذا شهد أربعة على شهادة أربعة على الفعل نفسه لا تقبل شهادتهم وترد للشبهة وهي كافية للدرء الحد لا لإثباته .

فلو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر . فلأن الزنا لا يتحقق مع البكارة وظهر كذبهم فلا تحد - ولا يحدون لأن عددهم متكامل - وإنما سقط الحد عنها بقول النساء إنها بكر وقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه وهذا قول الحنفية والشافعي والشعبي والثوري وأبو ثور .

ويرى المالكية أنه إذا ثبت الحد بشهادة الأربعة فلا يسقط الحد عن امرأة بعد الثبوت عليها بشهادة أربع نسوة ببيكارتها تقدماً لشهادة الرجال على النساء^(٣) ولأن شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

(١) انظر ص ١٩٠ الزيلعي جزء ٣ وقد ورد في الكافي أن التوفيق في ذلك غير مشروع لأنه احتيال لإيجاب الحد وقد أمرنا بالاحتياط للدرء . انظر ص ١٩٠ جزء ٢ الشرنبلالية .

(٢) انظر ص ١٦٤ الخراج .

(٣) انظر ص ٢٨٣ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

وانظر ص ٢٩٥ المحلى إذا شهد أربعة بالزنى قبلاً فشهدت أربع نساء بالبكارة فلا حد وفي شهادة الشهود قولان . وانظر ص ٢٤٩ أبو يعلى .

وكنلك إذا شهدوا على رجل بالزنا وهو محبوب فإنه لا يحسد لظهور
كلبهم ولا يحسد كنلك الشهود لتكامل عددهم .

رابعاً - اتحاد المكان والزمان :

يلزم لكى تجب العقوبة أن تكون الشهادة فى مجلس واحد والشهود
مجتمعين ، فاتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة ، فإن جاء الشهود متفرقين
يشهدون واحداً بعد واحد لا تقبل شهادتهم ويحدون وإن كثروا .
والمسجد كله مجلس واحد فلو جاء الشهود مجتمعين أو متفرقين وجلسوا
فى موضع الشهود فى ناحية من المسجد ثم جاءوا واحداً بعد واحد وشهدوا
جازت شهادتهم لوجود اجتماعهم فى مجلس واحد . وإن كانوا خارج
المسجد فجاء واحد منهم ودخل المسجد وشهد ثم جاء الثانى والثالث والرابع
يضربون الحد(١).

فإذا شهد اثنان أنه زنى فى مكان وشهد آخران أنه زنى فى مكان آخر
والمكانان متباينان بحيث يمنع أن يقع فيهما فعل واحد عادة كالبليدين والدارين
والبيتين لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لأنهم شهدوا بفعلين
مختلفين لاختلاف المكانين وليس على أحدهما شهود أربع ولا حد على الشهود
عند أبى حنيفة ومحمد وأبى يوسف والنخعى وأبى ثور . وعند زفر يحدون(٢).
وقال بذلك مالك والشافعى(٣).

فإذا اختلفوا فى الزمان فشهد اثنان أنه زنى بها فى يوم كذا واثنان فى يوم
آخر فيطبق نفس الحكم السابق(٤).
فإذا اختلفوا فى المكان وكان البيت صغيراً حد الرجل والمرأة . ومعنى
ذلك أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية خلاف الزاوية الأخرى(٥).

-
- (١) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .
 - (٢) المرجع السابق .
 - (٣) انظر ص ١٨٣ المغنى جزء ١٠ .
 - (٤) المرجع السابق .
 - (٥) الزيلعى جزء ٣ .

وإن شهد اثنان أنه زنى بها مكرهه وشهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعاً فالشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد، وفي الرجل وجهان :
 ١ - أحدها : لا حد عليه وهو قول الحنابلة وأبي حنيفة وقول للشافعي لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن المطاوعة غير المكرهه .
 ٢ - ثانيها : يجب عليه الحد وهو قول أبي يوسف ومحمد وقول للشافعي لأن الشهادة كملت على الزنا منه واختلافهما إنما هو في فعلها لا في فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه .

وفي الشهود ثلاثة أوجه :

١ - أحدها : لا حد عليهم .
 ٢ - ثانيها : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم .
 ٣ - ثالثها : يجب الحد على شاهدي المطاوعة لأنهما قلعا المرأة بالزنا ولا يجب على شاهدي الإكراه لأنهما لم يقلعا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى الحد للشبهة وهي تدرأ الحدود^(١) .
 فإن كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد^(٢) .

فإذا شهد الشهود شهادة كاملة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأنه متهم وقد يهرب . ولنا أن هذا الحبس نوع من الحبس الاحتياطي المعروف الآن كما سبق ووضحنا في بحث سابق^(٣) .

(١) انظر ص ١٨٤ المغني جزء ١٠ . وورد في اللخيرة جزء ٨ ص ١٢٦ .

وفي النوادر لو قال اثنان أكرهها وقال اثنان طاعته حد الشهود دونه لاختلاف الصفة .
 قاله ابن القاسم : ولا حد على الرجل والمرأة ولا أدب .

(٢) انظر ص ١٨٦ المغني جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١٩١ من العقوبة في الفقه الإسلامي للمؤلف .

وإن شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فإنه يحل وقد أجمع
الائمة الأربعة على ذلك^(١).

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحل لأن الظاهر أنها امرأته ،
أو أمته فلو قال المشهود عايه: المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي
لم يحل أيضاً لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحل وهذا اللفظ منه ليس
إقراراً موجباً للحل فلا يحل^(٢).

خامساً — عدم التقادم :

هل هو شرط في حل الزنا ؟

الشاهد إذا عاين الجريمة فهو مخير بين أداء الشهادة حسبه لله تعالى لقوله
تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وبين السر على المسلم لقوله عليه الصلاة والسلام
« من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة » فلما لم يشهد عليه فور
الوقت حتى تقادم العهد دل ذلك على اختيار السر . فإذا شهد بعد ذلك دل
على أن الضغينة حملته على ذلك فلا تقبل شهادته .

روى عن عمر بن الخطاب أنه قال : أما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا
عند حضرته فلنما شهدوا عن ضغن ولا شهادة لهم .
وهذا رأى الحنفية وأحمد بن حنبل^(٣).

ويرى مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحق وأبو ثور وبعض
الحنابلة أنه يجب الحل لأنه حتى يثبت على الفور فيثبت بالبينه بعد تطاول الزمن
كسائر الحقوق . والتأخير في الشهادة يجوز أن يكون لعذر أو غيبة، والحل

(١) انظر ص ١٦٥ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر المرجع السابق .

(٣) انظر ص ٤٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٣ فتح القدير جزء ٤ حيث فصل مسألة

التقادم ، ١٦٥ الزيلعي جزء ٣ انظر هامش ١١٤ .

لا يسقط بمطلق الاحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلاً^(١).
ولم يقدر أبو حنيفة مدة معينة للتقادم وفوضه لرأى القاضى على ما هو
رأيه فى المقدرات . وقد روى فى المجرى :

قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود : متى زنى بها فقالوا : منذ أقل
من شهر أقيم الحد، وإن قالوا شهر أو أكثر درى عنه الحد . وقال أبو العباس
الناطفى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو قول أبى يوسف ومحمد^(٢).

الرجوع عن الشهادة :

وإن رجع الشهود عن الشهادة أو رجع واحد منهم ففى المسألة ثلاثة آراء :
الأول : عليهم جميعاً الحد وهو قول أبى حنيفة .

الثانى : يحل الثلاثة فقط دون الراجع وهذا رأى بعض الفقهاء لأنه إذا
رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأنه
فى درء الحد عنه تمكيناً له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة الشهود عليه
وفى إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفاً من الحد فتفتوت تلك
المصلحة وتتحقق المفسدة فيناسب ذلك نفى الحد عنه .

والثالث : قول الشافعى بأنه يحل الراجع دون الثلاثة لأنه مقر على نفسه
بالكذب فى قذفه^(٣).

(١) انظر ص ١٨٧ المغنى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ١٨٧ حاشية الشلبى على الزيلعى جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١٧٢ المغنى جزء ١٠ ، انظر ص ١٤٨ الذخيرة جزء ٨ .

إذا رجع أحد الأربعة الشهود قبل الحد أو وجد عبداً حدوا حد القذف لعدم ثبوت قولهم .
فإن رجع جميعهم بعد الرجم حدوهم باقرارهم بالقذف والدية فى أموالهم لأنهم سبب قتله وإن
رجع واحد حد وحده . وإن علم الحد أن أحدهم عبداً حدوا لم يحدوا .
وإن وجد بعد الرمي مجبوراً لم يحد الشهود لأنه لا يحد قاذف المجهوب وعليهم الدية فى مالم
والأدب وطول السجن . وإن ظهر قبل رجم المرأة أن أحدهم زوجها جلد الثلاثة ولاعن الزوج =

ولا يقيم الإمام الحد بعلمه روى ذلك عن أبي بكر الصديق وبه قال مالك وأصحاب الرأي وهو أحد قول الشافعى ، وقال فى الآخر له إقامته بعلمه وهو قول أبى ثور لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذى لا يفيد إلا الظن فيما يفيد العلم أولى^(١).

ثانياً - الإثبات بإقرار :

يثبت الزنا بالإقرار عند الإمام ويوجب ذلك الحد، إنما لذلك شروط هامة نذكرها :

١ - العقل : فلا يصح إقرار المحزون فى الزنا . فإن كان يحن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقة أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بيعة أنه زنى فى إفاقة فعليه الحد .

وهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأي^(٢).

٢ - البلوغ : فلا يصح إقرار الصبى فى الزنا لأن سبب وجوب الحد لا بد وأن يكون جنائية وفعل الصبى لا يوصف بكونه جنائية فكان إقراره كعدمه^(٣).

٣ - الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

حتى أن الأخرس لو كتب الإقرار فى كتاب أو أشار إليه إشارة معلومة لا حد عليه لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان، ألا ترى أنه لو أقر بالوطء لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بفعل الزنا^(٤).

= فإن لم يلتمن جلد لأن الزوج خصم لا تقبل شهادته ، فإن علم ذلك بعد رجوعها لاعتن الزوج فإن نكل حد دون الثلاثة . فإن شهد الشهود عليه وجرح من الجلد ثم ظهر أحدهم عبداً أو محدوداً فى قذف فأرسل الجلد هدر عنده خلافاً لما « للصاحيين » وإذا شهدوا والزانى محصن فرجم ثم ظهر أحدهم عبداً أو نحوه فدية الرجم فى بيت المال .

(١) انظر ص ٤٦ جزء ٩ المبسوط ، ١٩١ جزء ١٠ المفتى .

(٢) انظر ص ٦٨ المفتى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ١١٨ فتح القدير جزء ٤ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ .

وهذا عند الحنفية ، وعند المالكية والشافعية يحسد الأخرس إن فهم من إشارته الزنا^(١) .

٤ - الصلحة :

فيجب أن يتأكد القاضي أن المقر في حال الصلحة تتوافر فيه الشروط المطلوبة :

قال الرسول لما عز : « أهلك خبل ؟ أهلك جنون ؟ » وبعث إلى قومه فسألهم عن حاله . فلماذا عرف أنه صحيح العقل سأل عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه^(٢) وعن المزني بها كما ذكرنا في الشهادة^(٣) .

والذي يحسد بإقراره عند الحنفية خلافاً للمالك ، والعبد يحسد بإقراره مأذوناً كان أو محجوراً خلافاً لزفر .

اختلف الفقهاء في عدد مرات الإقرار .

١ - يرى أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحق^(٤) وابن أبي ليلى أنه يلزم أربع إقرارات ودليلهم ما فعله ماعز عندما حضر مقراً للنبي صلى الله عليه وسلم^(٥) .

(١) انظر ص ١٢٦ الأخيرة جزء ٨ .

(٢) فمن زنى في دار الحرب أو في دار البنى ثم رجع إلى بلاد الإسلام فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وهذا عند الحنفية . وعند الشافعي ومالك يحسد لأنه التزم بإسلامه أحكام الإسلام أينما كان مقامه - وللحنفية قوله عليه الصلاة والسلام - لا تقام الحدود في دار الحرب ولأن الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للإمام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب . انظر ص ١٨٢ الزيلعي جزء ٣ ، ٤ ، ٣٤ البدائع جزء ٧ ، ١٥٢ فتح القدير جزء ٤ و ١٣٨ الأخيرة جزء ٨ .

(٣) انظر ص ١٧١ المنعي جزء ١٠ .

(٤) هو إسحق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي المروزي المعروف بابن راهويه أحد أئمة الدين روى عنه خلق كثير منهم البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي جميع بين التقوى والفتنة والحديث والحفظ والصدق . توفي سنة ٢٣٨ هـ عن سبع وسبعين سنة .

(٥) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١١٥ فتح القدير جزء ٤ ، ١٦٣ المخرج ، ٣٦٦ بداية المجتهد جزء ٢ .

٢ - يرى مالك والشافعي والحسن وداود وحامد بن أبي سليمان وأبو ثور والطبري أنه يكفي لإقرار واحد واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه الرسول « واغديا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يقل أربع مرات وبحديث الغامدية، ومع ذلك فهناك روايات أنها أقرت أربعة . روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم « حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن ابن أبي بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردّها (١) » .

وهل يقر في أربع مجالس أو أربع مرات في مجلس واحد ؟

يرى أبو حنيفة أن الاعتبار بمجالس المقر . لأنه عليه الصلاة والسلام اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد كل مرة ثم يعود ومجلسه عليه الصلاة والسلام لم يتغير .

وروى عن أبي حنيفة في تفسير اختلاف مجالس المقر : هو أن يقر مرة ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضى ثم يجيء فيقر ثم يذهب هكذا أربع مرات (٢) .

ويرى الحنابلة أنه سواء الإقرارات الأربعة في مجالس متفرقة أو في مجلس واحد (٣) .

والإقرار يصح ولو في غيبة المزني بها . فإن ماعز أُرجم في غيبة شريكته ، بل لأنه يصح ولو قال إنه زنى ولا يعرف من هي المزني بها فلإقراره يلزمه (٤) . وإن أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعي والحنابلة . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا حد عليه لأنا صدقناها في إنكارها فصار محكوماً بكذبه، وعلى هذا الخلاف إذا أقرت أنها زنت بفلان فكذبها .

(١) انظر ص ١١٧ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) الماوردي ص ٢١٧ ، ١٣٠ الذخيرة جزء ٨ ، ٤٩ البدائع جزء ٧ ص ٣٦٦ بداية المجتهد .

(٣) انظر ص ١٦٥ المغني جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١٨٩ للزيلعي جزء ٣ .

ويلزم أن يكون الإقرار عند الإمام فلان كان عند غيره لم يجز لإقراره لأن إقرار ماعز كان على يدى الرسول^(١).

وعلى الإمام أن يسأله عن حاله أمحصن أم لا لاختلاف الحكم . فإذا أقر أنه محصن سأله عن ماهية الإحصان^(٢).

وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البيئة ولم يجب الحد فى قول من يطلب أربع إقرارات لأن لإحدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق إحداهما بالأخرى^(٣).

ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد بن محمد لأن هذا الإقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقي دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعلم شرعاً . فبقيت الشهادة وحدها هى الحجة فتقبل .

ولأبى يوسف رحمه الله أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعاً فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدعى بها فصار كما إذا كانت معتبرة شرعاً .

وبقى أمران :

الأول : الإقرار المغيب .

الثانى : الرجوع فى الإقرار .

(١) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ ، ١١٣ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٤٩ البدائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ١٦٦ حاشية الشلبى على الزيلى .

قال الإيتاقى . ولم يذكر القدورى السؤال عن الزمان فى الإقرار بأن يقول متى زنت لأن التقادم مانع للشهادة لثمة الحقد والمراء لا يثبم على نفسه فيقبل إقراره وإن تقادم المهد وبيان التقادم يعلم فى باب الشهادة على الزنا .

وقال الكمال : ولم يذكر السؤال فيه عن الزنا فلا يقول متى زنت وذكره فى الشهادة لأن تقادم المهد يمنع الشهادة دون الإقرار وهذا السؤال يمكن للفائدة فإذا لم يكن التقادم مسقطاً لم يكن فى السؤال عنه فائدة . قال الزيلى : « والأصح أن يسأله عن الزمان لاحتمال أنه زنى فى صفره » .

الأمر الأول :

الإقرار المعيب هو الذى يشوبه عيب من عيوب الإرادة كإقرار المكره والسكران والأخرس والمجنون والنائم .

فلان أقر بالزنا وهو سكران لا يعتبر لإقراره لأنه لا يدرك ما يقول ولا يدل قوله على فعله . وقد روى بريدة أن النبي استنكه ماعزاً . رواه أبو داود . وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أو لا ؟ .

كذلك لا يصح الإقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا - وهذا لإجماع - روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : ليس الرجل بأمين على نفسه إن صرعه أو ضربته أو أوثقته . رواه سعيد . وقال ابن شهاب فى رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد، ولأن الإقرار المعيب إنما ثبت به الأمر دفعاً عن الضرر فانتفى ظن الصديق عنه فلم يقبل^(١) .

وأما الأخرس فلان لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار . فلان فهمت إشارته اختلف الفقهاء .

١ - قول الشافعى وابن القاسم صاحب مالاك وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب أحمد، إن عليه الحد لأن من صح لإقراره بغير الزنا صح لإقراره به كالناطق .

٢ - قال أصحاب أبى حنيفة لا يحد بإقرار ولا بينة لأن الإشارة تتحمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لكونه مما يندرس بالشبهات ولا يجب بالبينة لاحتمال أن يكون له شبهة لا يمكن التعبير عنها ولا يعرف كونها شبهة « أى لا يستطيع الدفاع عن نفسه »^(٢) .

كذلك النائم لا يصح لإقراره لأن كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله^(٣) .

(١) انظر ص ١٧١ المغنى جزء ١٠ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر ص ١٧٠ المغنى جزء ١٠ .

كما أن الإقرار يلزم أن يكون ممن يتصور منه الزنا فالجواب لا يصح إقراره^(١).

أما الحمى أو العنين إن أقر بالزنا فعليه الحد لأن الزنا يتصور منه كالشيخ الكبير وهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي^(٢).

الأمر الثاني :

الرجوع عن الإقرار، فمن شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد، فإن رجع عن إقراره أو هرب ففي المسألة قولان :

١ - قول عطاء والزهرى وحاد ومالك «روايتان» والثورى والشافعي «روايتان» ولا يمتنع وأبو حنيفة وأبو يوسف وأحمد أن الجاني إن رجع أو هرب كفف عنه وذلك لأن ما عزر لما هرب قال النبي صلى الله عليه وسلم : «هلا تركتموه»^(٣).

٢ - قول الحسن وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى أن الحد يقام عليه ، ولا يترك لأن ما عزرأ هرب فقتلوه ولم يتركوه . وروى أنه قال : ردوني إلى رسول الله فإن قومي غروني من نفسي وأخبروني أن رسول الله غير قاتلي فلم ينزعوا حتى قتلوه، أخرجه أبو داود . ولو قبل رجوعه للزمهم ديتة، وهذا مردود بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم^(٤).

ويستحب للإمام أن يلحق المقر الرجوع لما ورد في ذلك من آثار عن النبي عليه الصلاة والسلام . فالملقود أن يلحق الإمام ما يكون ذكره دارئاً للحد ليذكره كائناً ما كان^(٥).

(١) انظر ص ٤٩ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١٧١ المفتى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٩٢ الحلى « ولو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر سقط عنه ولا يسقط غيره »

(٤) انظر ص ١٢١ فتح القدير جزء ٤ ، ١٧٣ المفتى جزء ١٠ ، ١٩٥ من المرجع نفسه .

(٥) وفي كتاب الأحكام السلطانية للباوردي أن هناك رواية لأبي حنيفة يقول فيها إن الحد

لا يسقط بالرجوع . انظر ص ٢١٦ . وانظر ص ١١٠ من السياسة الشرعية لابن تيمية .

حمل المرأة بدون زواج :

اختلف الفقهاء في المرأة إذا وجدت حاملاً بدون زواج ولا شبهة إلى رأيين :

١ - قول لأحمد وغيره أنه لا حد عليها لأنها يجوز أن تكون حملت مكروهة أو بوطء شبهة وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

٢ - قول آخر بأنها تحمى وهو مذهب أهل المدينة وبه قال مالك في الموطأ من حديث عمرو إلا أن تكون جاءت بأمانة على استكراهها مثل أن تكون بكرأ فتأني وهي تدعى^(١) .

وقد ورد في المغني : « ولنا أنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل إن المرأة تحمى من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما بفعلها أو بفعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر^(٢) » .

المبحث الثالث

فروق جوهريّة بين التشريعين

في الفقه العربي :

الغرض من العقوبة في الفقه الغربي ليس منع اختلاط الأنساب ، بل صيانة حرمة الزواج . فإذا كان الزنا بعيداً عن عقد الزواج فلا عقاب على مرتكبه إن كان برضاه وبعد سن التمييز التي حددها المشرع . فطالما كان هناك عقد يعاقب على الزنا ولو وقع من صبي لم يبلغ الحلم أو من شيخ طاعن في السن أو من شخص فقد قوة التناسل أو كانت المرأة المزني بها قد بلغت سن اليأس .

في الفقه الإسلامي :

أما سبب العقوبة في الفقه الإسلامي فهو منع اختلاط الأنساب وصيانة

(١) انظر ص ٣٦٨ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٢) انظر ص ١٩٣ جزء ١٠ المغني .

الأعراض فيحد بالجلد من زنا ولو باختيار . وتشدد العقوبة إذا كان هناك زواج فتصل إلى حد استئصال الفرد من المجتمع .

ولو تركنا العقوبة في الزنا سواء كانت الجلد لغير المحصن أو الرجم بالنسبة للمحصن — ولو أننا رأينا في بحث سابق مدى الشك الذى يدرأ الحد في هذه العقوبة — لرأينا أموراً مختلفة .

الأول : إن جريمة الزنا من الجرائم التى يلزم فيها أربعة شهود خلافاً لكل الجرائم الأخرى . وهؤلاء الشهود يلزم توافر شروط خاصة فيهم فليس كل أربعة صالحين للشهادة .

الثانى : وهؤلاء الشهود لا تقبل شهادتهم إلا إذا شهدوا على فعل الزنا نفسه بالروية كالمرود في المكحلة أو الرشاء في البئر . وهو أمر عسير لا يتيسر تحقيقه في أغلب الأحوال .

الثالث : وقد فرض الشارع عقوبة شديدة جداً على هؤلاء الشهود إن تخلف واحد منهم عن الشهادة أو شهد على غير الفعل كما حدث فيما روى عن حادث المغيرة بن شعبة وهو حادث فيه نظر من وجوه مختلفة .

حادث المغيرة بن شعبة :

وتفصيل الحادثة ما رواه أبو جعفر قال : كان المغيرة بن شعبة يباهى أبا بكره وينافره . وكانا بالبصرة متجاورين بينهما طريق ، وكانا في مشرتين متقابلتين في داريهما في كل واحدة منهما كوة تقابل الأخرى ، فاجتمع إلى أبي بكر نفر يتحدثون في مشربته فهبت ريح ففتحت باب الكوة فقام أبو بكر ليغلقه فبصر بالمغيرة وقد فتحت الريح باب الكوة في مشربته وهو بين رجلى امرأة قد توسطها فقال للنفر : قوموا فانظروا ثم اشهدوا فقاموا فنظروا فقالوا : ومن هذه ؟ فقال هذه هى أم جميل بنت الأرقم وكانت أم جميل غاشية للمغيرة والأمراء والأشراف وكان بعض النساء يفعلن ذلك في زمانها فلما خرج المغيرة إلى الصلاة حال أبو بكر بينه وبين الصلاة فقال : لا تصل بنا فكتبوا إلى عمر بذلك فبعث عمر إلى أبي موسى واستعجله وقال له :

إني أبعثك إلى أرض قد باض فيها الشيطان وفرخ فالزم ما تعرف ولا تبدل
 فيبدل الله بك ، فقال : يا أمير المؤمنين أعني بعدة من أصحاب النبي صلى
 الله عليه وسلم من المهاجرين والأنصار فلاني وجدتهم في هذه الأمة وهذه
 الأعمال كالمالح لا يصلح الطعام إلا به قال : فاستعن بمن أحببت فاستعان بتسعة
 وعشرين رجلاً منهم أنس بن مالك وعمران بن حصين وهشام بن عامر ثم
 خرج أبو موسى حتى أناخ بالبصرة وبلغ المغيرة إقباله فقال : والله ما جاء
 أبو موسى زائراً ولا تاجراً ولكنه جاء أميراً . ثم دخل عليه أبو موسى فدفن
 إلى المغيرة كتاب عمر رضى الله عنه وفيه :

« أما بعد » فإنه بلغني أمر عظيم فبعثت أبا موسى أميراً فسلم إليه ما في
 يديك والعجل فأهدى المغيرة لأبي موسى وليدة من وليدات الطائف تدعى
 عقيلة وقال له إني قد رضيتها لك وكانت فارهة . وارتحل المغيرة وأبو بكر
 ونافع بن كلفة وزيد وشبل بن معبد حتى قلموا على عمر فجمع بينهم وبين
 المغيرة . فقال المغيرة لعمر : يا أمير المؤمنين ، سل هؤلاء الأعبد كيف
 رأوني مستقبلهم أو مستدبرهم ، وكيف رأوا المرأة وهل عرفوها . فإن كانوا
 مستقبلين فكيف لم أستر أو مستدبرين فبأي شيء استحلوا النظر إلى على
 امرأتى والله ما أتيت إلا زوجتي وكانت تشبهها . فبدأ بأبي بكرة فشهد عليه
 أنه رآه بين رجلين أم جميل وهو يدخله ويخرجه كالميل في المكحلة قال :
 وكيف رأيتهما . قال : مستدبرهما قال : وكيف استثبت رأسي . قال :
 تحاليت حتى رأيتهما . ثم دعا بشبل بن معبد فشهد بمثل ذلك . وشهد نافع بمثل
 شهادة أبي بكرة . وتقدم زيد آخرهم فقال له عمر قبل أن يشهد : إني لأراك
 حسن الوجه وإني لأرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلاً من أصحاب محمد
 صلى الله عليه وسلم . فقال : رأيته جالساً بين رجلين امرأة فرأيت قلعين
 مخضوبتين يخفقان ، واستين مكشوفين ، وسمعت حفزاناً شديداً ، قال : هل
 رأيت كالميل في المكحلة قال : لا . قال فهل تعرف المرأة . قال : لا . ولكن
 أشبهها . قال : له تنح وأمر بالثلاثة فجلدوا حد القذف ، وقرأ : فإذا لم يأتوا

بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ، فقال المغيرة : اشفنى من الأعبء يا أمير المؤمنين فقال له : أسكت أسكت الله نأمتك ، أما والله لو تمت الشهادة لرجمتك بأحجارك ، ورد عمر شهادة أبى بكره وكان يقول له تب أقبل شهادتك فيأبى حتى كتب عهده عند موته . . هذا ما عهد به أبو بكره نفع بن الحارث وهو يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن المغيرة بن شعبه زنا بجارية بنى فلان^(١) .

* * *

وهذه القصة تناقلتها كتب الفقه جميعاً على روايات مختلفة لا تخرج عن الرواية التى اخترناها مما يؤيد أنها رواية حقيقية . ومن أظهر ما فيها أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه الذى هاله أن ينتشر الزنا فوقفت يوماً على المنبر وقال مقالته المشهورة التى فيها أنه لولا أن يقول الناس زاد فى كتاب الله لكتب الآية المنسوخة فى المصحف — يقول لزياد الشاهد الرابع الذى سوف تثبت بشهادته الجرمية على صحابى من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« إني لأراك حسن الوجه وإنى لأرجو أن لا يفضح الله على يدك رجلاً من أصحاب رسول الله » .

يقول عمر أمير المؤمنين ذلك للشاهد قبل أن يشهد فكانه يوحى إليه أن يعدل عن شهادته حتى لا يرجم . وهذه هى السنة درءاً للحدود وصبراً للأعراض .

ثم يسارع عمر وهو الحريص على تطبيق العقوبة — وقد اختلفت الشهادة — فيقول للمغيرة : « أسكت . أسكت الله نأمتك أما والله لو تمت الشهادة لرجمتك بأحجارك » . حتى لا يظن الناس أنه ترك الرجم لسبب من الأسباب . بل إن الرسول عليه الصلاة والسلام نفسه كان يرد المعترفين بالزنا

(١) انظر ص ١٧٩ ابن العربى جزء ٢ . النأمة : النعمة والصوت ، وأسكت الله نأيته أى أماته .

ولا يريد أن يسمع منهم الاعتراف والإقرار ، وكان يسأل عن حالهم وعقلهم كما فعل مع معاز .

نخرج من ذلك كله بالنتائج الآتية :

إن الزنا جريمة صعبة الإثبات بل متعذرة الإثبات في الشريعة الإسلامية ، وإن طرق الإثبات واحدة سواء كان الزاني متزوجاً أو غير متزوج .

أما في الفقه الوضعي فقد فصل بين الشهادة فيما يتعلق بالأزواج أو شريكة الزوج ، وبالنسبة لشريك الزوجة .

فقد نص القانون على أن الإثبات بالنسبة للأخير يجب أن يحصل بإحدى الطرق التي ذكرها على سبيل الحصر وهي :

١ - القبض عليه حين تلبسه بالفعل .

٢ - اعترافه .

٣ - وجود مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه .

٤ - وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم .

أما بالنسبة للأزواج وشريكتهم فالإثبات يكون بطرق الإثبات العادية . ويقولون إن حكمة التضييق في طرق الإثبات بالنسبة للشريك ترجع إلى خطورة التهمة وتعلقها بالعرض فيجب أن تثبت بطريق قاطع ولا يكفي فيها مجرد شهادة الشهود من حوادث تبعية قد تؤخذ في مجموعها قرينة على وقوع الجريمة فكثيراً ما تخطئ الشواهد وتضل الشبهات .

وفضلاً عن ذلك فإن إباحة شهادة الشهود لإباحة مطلقة في مثل هذه الحالة يفسح المجال لمن لا خلاق لهم للتشهير بسمعة الغير والنيل من شرفهم .

ولكن هذا تبرير ضعيف لشذوذ المشرع عن القواعد العامة وإلا وجب توحيد طرق الإثبات بالنسبة للزوجة والشريك فالمصلحة متحدة ولكن المشرع الإسلامي قد راعى من مبدأ الأمر ذلك كله فوحد طرق الإثبات بالنسبة لجميع المتهمين في جريمة الزنا .

الفصل الثالث

جريمة القذف

في الفقه العربي :

يتكلم فقهاء الغرب دائماً مع جريمة القذف والسب عن جرائم الإهانة والعيب .

فالقذف diffamation يقصد به إسناد أمور محدودة إلى شخص وقعت منه أو منسوبة إليه كأن يقول شخص عن آخر إنه سرق من فلان أو إنه أخذ رشوة . ولا يشترط أن تحدد الألفاظ الواقعة المعينة ، بل يكفي أن تكون معروفة ولو أن الألفاظ في حد ذاتها غامضة .

والسب injure هو عبارة عن نسبة عيب لا واقعة معينة ، يخلش الشرف أو يشين السمعة بين الناس . كأن يقول شخص لآخر « يا حرامي » « يا نصاب » .

والإهانة offense فهي أوسع مدى من القذف والسب ، فيدخل فيها كل ما هو مغل بالاحترام ، أو يدل على الإزدراء والسخرية ، وذلك فضلاً عما يخلش الكرامة . والإهانة لا يعاقب عليها إلا بالنسبة للموظفين ومن يقومون بخدمة عامة^(١) .

والعيب outrage يخل في نطاق الإهانة ويدخل فيه كل ما يخلش الشعور أو يعتبر إخلالاً بالواجب سواء كان تصريحاً أو تلميحاً من باب الفخر مهما كان ظاهره بريئاً^(٢) .

(١) انظر ص ١٧١ من كتاب التشريع وأحكام القضاء للدكتور المصفاوي .

(٢) انظر ص ١٣٤ ، ١٣٥ من كتاب المسؤولية الجنائية للدكتور محمد مصطفى القل .

وقد نص القانون المصرى على عقاب هذه الأمور فى المواد ٣٠٢ وما بعدها تحت باب القذف والسب .

فى الفقه الإسلامى :

أما فى الإسلام فجريمة القذف التى يجب بها العقوبة المحددة (وهى ثمانون جلدة) هى أن يرى القاذف المقلوب بالزنا أو ينفية عن نسبه .

أما خلاف ذلك من أوجه السب أو الإهانة أو العيب فيعاقب عليها لا بالحد وإنما بالتعزير بقدر ما يرى القاضى ^(١) .

والقذف لغة، الرى بالحجارة ونحوها ثم استعمل فى الرى بالمكارة ويسمى أيضاً فرية (بكسر الفاء) كأنه من الافتراء والكذب، وشرعاً قال ابن عرفه : القذف نسبة آدمى غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص لإيجاب الحد نسبة آدمى مكلف غيره حرّاً عفيفاً مسلماً بالغاً أو صغرة تطبق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم ^(٢) .

وأصل هذه الجريمة هو ما نزل على النبي صلى الله عليه وسلم فى القرآن وهو : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ، والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين . والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ويدبر عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » ^(٣) .

وقوله تعالى : « إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولم عذاب عظيم » ^(٤) .

(١) انظر ص ٢٥٤ الأحكام السلطانية للقاضى أبى يعلى الفراء . قال الأوزامى خلافاً لباقى الفقهاء أن حد البهكمحد الحر فى القذف (انظر ص ١٦٥ جزء ٢ الميزان للشمرانى) .

(٢) انظر ص ٢٢٨ جزء ٤ للسوق .

(٣) سورة النور .

(٤) سورة النور .

وقوله عليه الصلاة والسلام :

« اجتنبوا السبع الموبقات . قيل : وما هن يا رسول الله . قال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال يتيمة ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » .
وسنتكلم في جريمة القذف عن أمور ثلاثة :

١ - أركان جريمة القذف .

٢ - الإثبات في القذف .

٣ - فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي .

المبحث الأول

رُكان جريمة القذف :

١ - الفعل المادى وهو الرمي .

٢ - شروط ضرورية في القاذف والمقذوف .

٣ - القصد الجنائى .

الركن الأول - الفعل المادى :

القذف لغة ، الرمي بالشئ ، وشرعاً الرمي بالزنا .

وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة . فإذا

قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا الخالى عن الشبهة التى

لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف - لزمه حد الزنا .

ولو رماه بسائر المعاصى غير الزنا لا يجب الحد ، بل التعزير .

وسائل التعبير في القذف :

قد يكون القذف بالعبرة أو بالرسالة فهل يكون أيضاً بالإشارة

والكتابة ؟

القلف بالعبارة :

يلزم أن ينطق القاذف بعبارة القلف وهى ألفاظ معينة حتى يجب الحد ،
ألفاظ صريحة هى الزنا أو ما جرى مجراه كنفى النسب . فيقول القاذف
للمقدوف يا زان . أو قد زنيت . ورأيتك تزنى . ويكون ذلك بأى لغة طالما
كان بصريح الزنا^(١) .

فلو قال القاذف لامرأة : وطئت فلان وطئاً حراماً ، أو جامعك حراماً
أو قال لرجل وطئت فلانة حراماً أو جامعها حراماً فلا حد عليه ، لأنه لم يوجد
منه القلف بالزنا ، بل بالوطء الحرام ويجوز أن يكون الوطء حراماً
ولا يكون زناً كالوطء بشبهة ونحو ذلك^(٢) .

ولو قال رجل لآخر يا خبيث فلا حد عليه . واو قال يا آكل الربا
أو يا خائن أو يا شارب الخمر لا حد عليه . ولكن عليه التعزير لأنه ارتكب
حراماً وليس فيه الحد .

ولو قال يا حمار أو يا ثور أو يا خنزير لم يعزر لذلك لأن من عادة العرب
إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة أو الحرص ولا يريدون به الشتم والمثل فهم
يسمون به فيقال عياض بن حمار وسفيان الثورى ، فكل واحد يعلم أنه آدمى
وليس بحمار ولا ثور وأن القاذف كاذب^(٣) وفى الواقع أن المسألة مسألة عرف
وعادة فإن كانت العادة إطلاق هذه الأسماء فلا تعزير . وإن كانت العادة
الحمل من هذه الأسماء يعزر .

وقد اتفق الفقهاء على أن القاذف إذا قلف شخصاً واحداً مراراً كثيرة
فعليه حد واحد إذا لم يجد لواحد منها ، وأنه إن قلفه فحد ثم قلفه ثانية حد
حداً ثانياً وهكذا .

(١) والقلف بأى لسان كان بالفارسية أو العربية أو النبطية يوجب الحد بعد أن يكون
بصريح الزنا ص ١١٤ المبسوط للسرخسى جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٤٢ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ١٢٠ المبسوط للسرخسى جزء ٩ . ويرى مالك أن عليه فى ذلك التعزير
انظر رأيه فى المدونة جزء ١٦ ص ٢٣ .

ولو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يأبى الزناة ، أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمرو أنت زان ويا خالد أنت زان ، لا يقام عليه إلا حد واحد عند الحنفية ومالك والثوري وأحمد ، وعند الشافعية إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وإن قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لأنه حق المقنوف فلا يجري فيه التداخل ، وقد قال بذلك أيضاً الليث بن سعد^(١) .

فإن قذف أهل بلد أو جماعة لا يتصور الزنا من جميعهم عزز ولم يحد^(٢) .

القذف غير العلني :

ورد في ابن عابدين : نقل أيضاً عن شرح جمع الجوامع أن القذف في الخلوة صغيرة عند الشافعية . قال : وقواعدنا لا تأباه لأن العلة فيه حقوق العار وهو مفقود في الخلوة واعترضه في النهر بأنه في الفتح استدلال للإجماع بآية والذين يرمون المحصنات . وبحديث اجتنبوا السبع الموبقات وعد منها قذف المحصنات وهذا صادق على قذف المحصنة في الخلوة بحيث لم يسمعه أحد^(٣) .

القذف بالرسالة :

أما في الرسالة كما لو قال الشخص لغيره : اذهب إلى فلان فقل له يا زاني أو يابن الزانية لم يكن المرسل قاذفاً لأنه أمر بالقذف ولم يقذف .
وأما الرسول فإن ابتداء فقال مباشرة لا على وجه الرسالة يا زاني أو يابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد . وإن بلغه على وجه الرسالة فإن قال أرسلني فلان إليك وأمرني أن أقول لك يا زاني أو يابن الزانية لا حد عليه لأنه لم يقذف بل أخبر عن قذف غيره^(٤) .

(١) انظر ص ٢٠٩ فتح القدير جزء ٤ ، وصفيحة ١١١ المبسوط جزء ٩ وانظر ص ٣٦٩ بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ . وانظر ص ١٧٥ من هذا الكتاب وانظر ص ٢٧٥ جزء ٢ المهلب .

(٢) انظر ص ٢٢٣ المغنى جزء ١٠ . وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحلي (لو قذف جماعة بلفظ واحد ، فعليه حد إن جاموا وطالبوا مجتمعين وإن افرقوا فلكل واحد حد) .

(٣) انظر ص ٢٥٧ جزء ٣ ابن عابدين « القذف غير العلني » في خلوة » لا يوجب الحد .

(٤) انظر ص ٧٢ مثلاً خسرو جزء ٢ .

القذف بالإشارة :

أما الآخرس فلا يتصور منه القذف فإشارته لا يستفاد منها الرمي بالزنا على وجه التأكيد . كذلك إن كان القاذف قادراً على الكلام ولكنه افتعل إشارات معينة يحاول بها أن يمثل فعل الزاني فلا حد لعلم الرمي بالزنا على وجه التأكيد .

القذف بالكتابة :

يفهم من استقراء النصوص في الفقه الإسلامي أنه يلزم أن يكون القذف علناً على مسمع من الجمهور، ورد في حاشية أبي الخلاص على الدرر « القذف لغة الرمي بالشيء وشرعاً الرمي بالزنا واستثنى منه الشافعية ما كان في خلوة لعدم لحوق العار »^(١).

وعلى هذا الرأي لا يكون مرسل الكتاب قاذفاً إذا لم يعلمه خلافه .

« إذا قال يابن الزانين وقد مات أبواه فعليه حد واحد » . لأن الغالب في الحدود عندنا حتى الله تعالى فتدخل حتى لو قذف رجلاً مراراً أو جماعة كل واحد منهم لا يجب إلا حد واحد كما سيأتي : حكى عن ابن أبي ليل أنه كان قاضياً بالكوفة فسمع يوماً رجلاً يقول عند باب مسجده لرجل يا بن الزانين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانين ، ثمانين لقذفه الوالدين فبلغ ذلك أبا حنيفة فقال يا للعجب من قاضي بلدنا قد أخطأ في مسئلة واحدة من خمسة أوجه .

حده من غير خصومة المقلوف . وضربه حدين ولا يجب عليه إلا حد واحد ولو قذف ألفاً . ووالى بن الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر . وحده في المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجالسكم وسل سيوفكم وإقامة حدودكم . والخامس يلبي أن يكشف أن المقلوفين حيان أو ميتان لتكون الخصومة إليهما أو إلى ولدهما . وإن اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بأن قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبدأ من الأول فيبدأ بحد القذف أولاً لأن فيه حق العين ثم الإمام بالخيار إن شاء بدأ الزنا وإن شاء بالقطع لاستوائهما في القوة لثبوتهما بالكتاب ويؤخر حد الشرب لأنه أضعف منها ذكره الزيلعي . وانظر ص ٢٠٧ الزيلعي جزء ٣ وانظر ص ٢٩٨ من الحل : قال الشيعية يقتل القاذف في الرابعة إذا حد ثلاثاً ، وقيل الثالثة . وهو رأي غريب فريد .

(١) انظر ص ٤٤ بدائع الصنائع جزء ٧ ، ص ٧٠ جزء ٢ من الدرر .

القلف المعلق على شرط أو المضاف لأجل :

فالقلف المعلق على شرط أو المضاف لأجل لا حد فيه ، وعلى هذا إذا قال رجل : من قال كذا وكذا فهو زان أو ابن زانية، فقال رجل أنا قلت فلا يحد لأنه علق القلف بشرط القول .

وكذلك إذا قال لرجل إن دخلت هذه الدار فأنت زان أو ابن زانية فلنخل لا حد على القائل .

وكذلك من قال لغيره أنت زان أو ابن زانية غداً أو أول الشهر فجاء الغد أو أول الشهر لا حد عليه لأنه أضاف القلف إلى الموعد المحدد^(١) .

التعريض بالقلف :

قد لا يكون القاذف صريحاً في لفظه الذي قاله، فيقول واحد للآخر والله ما أبى بزان ولا أبى بزانية، أو يقول أنا ما زنيت فهو بمثابة أنه يقول إنك زنيت . أو يقول له يا نبطي^(٢) أو يا بن الأصفر أو يا بن الأسود أو يا فاجر أو يا بن الفاجر أو يا لوطي ، ففي هذه الأحوال وأمثالها يختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً نحصره في رأيين .

١ - رأى أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد وابن شبرمة والثوري وأبى ثور وقتادة وعطاء وابن المنذر والشافعي^(٣) أنه لا حد في التعريض بالقلف وهو رواية عن أحمد بن حنبل ورأى ابن مسعود والشعبة^(٤) .

٢ - ويرى مالك وأصحابه ورواية عن أحمد بن حنبل عن الأثرم^(٥)

(١) انظر ص ٤٦ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) والنبط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط . يقال رجل نبطي ونباط مثل يمني ويمنان . قال الزخشرى سموأ نبطاً لأنهم يستنبطون الماء أى يستخرجونه من الأرض . ومعنى نبطي اللسان الذى اشتبه في كلامه بكلام العرب والمجم . وانظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ص ٢٠١ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٩٠ ابن العربي .

(٤) انظر ص ٢٩٨ المختصر النافع للحلى .

(٥) هو أحمد بن محمد بن هاني الطائي المعروف بالأثرم روى عن الإمام أحمد كثيراً من-

وغيره أن عليه الحد^(١).

وخلافهم مرجعه إلى الخلاف بين الخلفاء الراشدين في هذا الأمر ، فقد رويت روايات مختلفة عن عمر بن الخطاب في إحداها أنه بجلد من قال : أما أبي فليس بزان ولا أمي بزانية . وفي رواية أخرى أنه ضربه ولم يجلده الحد . كما قيل عن عبدالله بن مسعود أنه قال : لا حد إلا في اثنين : أن يقذف محصنة أو ينفي رجلاً من أبيه . وقيل عن عبدالله بن عمرو بن العاص أنه قال : ليس يحد إلا في الكلمة التي لها مصرف وليس لها إلا وجه واحد . وعن علي ابن أبي طالب أنه قال : إذا بلغ الحد لعل وعسى فالحد معطل^(٢) . وقد عرض الرأيين عرضاً وجيهاً الفقيه الظاهري ابن حزم في كتابه المحلى وانتهى إلى أنه لا يجب الحد في التعريض^(٣) .

والذين قالوا : لا حد في التعريض اختلفوا إلى رأيين : رأى يقول بأنه لا عقوبة على من يعرض بالقذف أصلاً . ويرى أبو حنيفة والشافعي أن فيه التعزير^(٤) .

= مسائل الفقه ورتبها أبواباً وقد تفوق في العلم حتى كان من المبرزين من تلاميذ الإمام روى أن شيخين من رجال الحديث قدما من خراسان إلى مكة في موسم الحج فجلس كل منهما في ناحية وحوله من يسمع ومن يكتب ، وجلس الأثرم بين الخلقين يكتب ما يمل هذا وذاك . وتلك قدرة على الحفظ ومهارة في التدوين ولم يعرف تاريخ وفاته .

(١) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير . وقال مالك : في التعريض الحد كاملاً ، انظر ص ٢٤ المدونة الكبرى جزء ١٦ ، وانظر ص ٣٣٠ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ٣٣٠ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ ، ٢١٢ المغني جزء ١٠ ، ٢٥٥ أبو يعلى ، ٢٢١ الماوردي ، ٩ ، ١٩٩ حاشية الشلبى على الزيلعي جزء ٣ ، ٤٢ وما بعدها من بدائع الصنائع جزء ٧ ، ١٦٧ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

(٣) انظر ص ٢٧٦ وما بعدها جزء ١١ لابن حزم .

(٤) بداية المجتهد جزء ٢ ص ٣٦٨ وانظر ص ٢٥٥ أبو يعلى « والتعريض : أن يقول في حالة الغضب جواباً لمن سابه : يا حلال ابن الحلال ، خلقت من نقطة حلال . ما أنت بزان ولا أملك بزانية . ولا يعرفك الناس بالزنا . ونحو قوله لزوجه فقصحتني وغطيت رأسي » .

الركن الثاني - القاذف والمقزوف :

١ - شروط يلزم توافرها في القاذف :

(أ) العقل .

(ب) البلوغ .

فإذا كان القاذف صبيّاً أو مجنوناً لا حد عليه لأن الحد عقوبة والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة . وفعل الصبي أو المجنون لا يوصف بأنه جريمة^(١) .

ولا يشترط في القاذف :

١ - الحرية :

فالعبد والحر سواء في هذا الحد . وعقوبة العبد أربعون جلدة على النصف من حد الحر . وقد قال بذلك جمهور الفقهاء .

وقد جلد أبو بكر محمد بن حزم عبداً قذف حراً ثمانين جلدة، وبذلك قال قبيصة وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن مسعود عملاً بعموم الآية . وقال سعيد : حدثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه قال : حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبداً في فرية ثمانين، فأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء، فقال لى عبدالله بن عامر بن ربيعة إني رأيت والله عمر ابن الخطاب فما رأيت أحداً جلد عبداً في فرية فوق أربعين^(٢) .

٢ - الإسلام :

ليس بشرط أن يكون القاذف مسلماً .

فالذى يحد إن قذف ، والمستأمن يحد إن قذف . وكان أبو حنيفة لا يحدّه

(١) ورد في ابن عابدين جزء ٣ ص ٢٦٤ : ذكر في المبسوط أن معتوه قالت لرجل يا بن الزنايين فجاء بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فحدها حدين في المسجد فبلغ أنا حنيفة فقال : أخطأ في سبع مواضع بنى الحكم على إقرار المعتوه وألزمها الحد وحدها حدين وأقامهما معاً وفي المسجد وقائمة وبلا حضرة ولها . وقال في الدرر : ولم يتعرف أن أبويه حيان فتكون الحصومة لهما أو ميتان فتكون الحصومة للابن .

(٢) انظر ص ٣١٢ الشرح الكبير على المغنى جزء ١٠ .

في مبدأ الأمر لأنه ليس للإمام عليه ولاية الاستيفاء حيث لم يلتزم أحكام الإسلام . وفي قوله الأخير أنه يحد وهو قول الصاحبين^(١) . إذ أنه التزم أن لا يؤذى وهو رأى المالكية^(٢) .

٣ - العفة والإحصان :

فهما شرط في المقدوف لا القاذف .
وقد أضاف صاحب المذهب شرطاً آخر في القاذف هو الاختيار، وهو شرط مفهوم بالضرورة^(٣) .
فإن قذف الوالد ولده أو قذف الجدة ولده فقد اختلف الفقهاء، فيرى أبو حنيفة وأصحابه وعطاء والحسن والشافعي وإسحق والحنابلة أنه لا يحد . وهو رأى الشيعة .
وقال مالك^(٤) وأبو ثور وابن المنذر أن عليه الحد لعموم الآية . ولأنه حد فلا تمنع من وجوده قرابة الولاد كالزنا^(٥) .

ويشترط لإقامة الحد على القاذف شرطان :
الشرط الأول :

مطالبة المقدوف لأنه حق له فلا يستوفى طلبه كسائر الحقوق^(٦) .
ولو وكل الغائب من يطلب بحده صح التوكيل في قول أبي حنيفة ومحمد

(١) انظر ص ١٩ المبسوط جزء ٩ ، انظر ص ٢٨٨ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٢٩١ المختصر النافع للحلى . وانظر ص ١٦٦ الحراج « فإن كان القاذف عبداً ضرب حد العبد أربعين ، فإن لم يكن ضرب بعد ما اقترف حتى أعترف ثم قدمه إلى الحاكم فإنه لا يزيده على الأربعين نكحها هي التي كانت وجبت عليه يوم القذف » .

(٢) المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٢٧٢ المذهب للشيرازي جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٢٨ المدونة جزء ١٦ « كان مالك يستثقل أن يحد في ذلك الأمر ويقول ليس ذلك من البر » . والقول بالحد ضعيف في مذهب المالكية . والمذهب : أنه ليس للابن حد أبيه ولا أمه ولا تحليفهما ولا يمكن من ذلك إن طلبه كما في الشرح الكبير وحاشيته ص ٢٩٤ .

(٥) انظر ص ٢٠٨ المغنى جزء ١٠ ، ٢٧٤ المذهب جزء ٢ ، ١٢٣ المبسوط جزء ٩ .

(٦) انظر ص ١٦ المدونة جزء ١٦ .

وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال : لا أقبل الوكالة في حد ولا قصاص (١).

وعند الشافعي حضور المقتول ليس بشرط للاستيفاء . وتقوم حضرة الوكيل مقام حضرته ، على أن هذا الحد عنده حد المقتول خاصة فيتحرى فيه النيابة في الإثبات والاستيفاء (٢).

الشرط الثاني :

أن لا يأتي بينة لقوله تعالى :

« والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية .

ولذلك يشترط عدم إقرار المقتول لأنه في معنى البينة فإن كان القاذف زوجاً اعتبر شرط آخر وهو امتناعه عن اللعان ، وسنتكلم عن ذلك فيما بعد . ويجب الحد على القاذف في غير دار الإسلام لعموم الآية . ولأنه مسلم مكلف حر قذف محصناً تتوافر فيه الشروط وبهذا قال الشافعي وأحمد .

وقال الحنفية لا حد عليه لأنه في دار لا حد على أهلها .

كما إنه إن جاء القاذف بأربعة شهداء فساق فشهدوا على المقتول بالزنا فقال الحنفية ، وعثمان البتي والليث بن سعد لا حد على الشهود وإن كانوا فساقاً .

وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في رجل قذف رجلاً بالزنا ثم جاء بأربعة فساق يشهدون أنه زان ، أنه يحذف القاذف ويدبر عن الشهود . وقال زفر يدرأ عن القاذف وعن الشهود .

وقال مالك وعبيد الله بن الحسن يحذف الشهود (٣).

(١) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٥٤ البدائع جزء ٧ .

(٣) انظر ص ٣٤٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

وانظر ص ٨٨ ابن العربي جزء ٢ « لا يقيمه إلا بمطالبة المقتول عند الجمهور وقال ابن -

٢ - شروط يلزم توافرها في المقدوف :

لكي يقام الحد على القاذف يلزم أن يتوافر في المقدوف الشروط الآتية :

١ - أن يكون محصناً .

٢ - أن يكون معلوماً وإن لم يكن على قيد الحياة .

ونتكلم عن ذلك بتفصيل :

أولاً - شروط إحصائه المقدوف :

١ - العقل : فإن كان المقدوف مجنوناً لا يجب الحد على القاذف ، بل يجب التعزير .

٢ - البلوغ : فإن كان المقدوف صبيّاً اختلف الفقهاء، فقال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ورواية عن أحمد أنه يشترط لوجوب الحد البلوغ لأنه أحد شرطى التكليف فأشبهه العقل ولأن زنا الصبي لا يوجب عليه الحد فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون^(١) .

وقال مالك وإسحق ورواية أخرى عن أحمد أنه لا يشترط البلوغ لأنه حر عاقل عفيف يتعبر بهذا القول الممكن صدقه فأشبهه الكبير وحددوا لوجوب الحد عشرراً للغلام وسبعاً للجارية وفي رواية تسعاً^(٢) .

أبي ليل لا يقتصر إلى مطالبة الآدى ولعل ابن أبي ليل يقول ذلك إذا سمعه الإمام بمحضر علول الشهود فيكون ذلك أظهر . ولكن بقي أن يقال أنه يحتمل أن يكون من حجة الإمام أن يقول أحده لأنه لم يدع عندي لإثبات ما نسب إليه فإن ادعى سجنه ولم يحده بحال .

وانظر ص ٧١ حاشية الثرنبلال : « فإن طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعي وأبو ثور . وقال الحسن وأصحاب الرأي لا يسقط بعفو لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود » (١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، وانظر ص ١٩١ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ٢١١ الشرح الكبير على المفتى جزء ١٠ ، ص ٢٠٥ المفتى جزء ١٠ ، ص ٢٠٣ نفس المرجع ، ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ مالك يشترط البلوغ في المقدوف بالزنا على المعتمد إذا كان فاعلاً وإلا فشرطه الإطاعة ولو لم يبلغ .

فاذا وجب الحد بقذف من لم يبلغ في رأى من يقول به لم تجز لإقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لأنه حتى شرع للتشفي فلم يقيم غيره مقامه في الاستيفاء كالقصاص .

٣- الحرية : هل يلزم أن يكون المقذوف حراً فلا يكون عبداً أو أمة ؟ اختلف في ذلك الفقهاء .

أما الجمهور وهم (أبو حنيفة ومالك والشافعي والأوزاعي وسفيان الثوري وعثمان البتي ، وأصحابهم) فلا يرون الحد على قاذف العبد أو الأمة (١) وحجتهم في ذلك ما روى عن أبي هريرة وعن أبي نعيم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « من قذف مملوكه بريئاً مما قال أقيم عليه الحد يوم القيامة . إلا أن يكون كما قال » .

وعن الحسن عن ابن عمر : « من قذف مملوكه كان لله تعالى في ظهره حد يوم القيامة إن شاء آخذه وإن شاء عفا عنه » .

وقد ناقش أبو محمد بن حزم هؤلاء الفقهاء الأجلاء مناقشة منطقية وخرج إلى رأى وهو أنه محد قاذف الأمة والعبد وهو في ذلك يقول : « وأما قولهم لا حرمة للعبد ولا للأمة فكلام سخيف والمؤمن له حرمة عظيمة ورب عبد جلّف خير من خليفة قرشي عند الله تعالى » .

قال تعالى : « يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى » الآية . إلى قوله : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » والناس كلهم في الولادة أولاد آدم وامرأته، ثم تفاضل الناس بأخلاقهم وأديانهم لا بأعراقهم ولا بأبدانهم . وقد

(١) وانظر ص ١٨٧ ابن العربي جزء ٢ .

« إذ رأى صبية يمكن وطؤها قبل البلوغ بالزنا كان قذفاً عند مالك . وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بقذف لأنه ليس بزنا إذ لا حد عليها وعول مالك هل أنه تعبير تام بوطء كامل فكان قذفاً والمسئلة محتملة مشككة لكن مالك غلب حماية عرض المقلوف وغيره رأى حماية ظن القاذف وحماية عرض المقلوف أولى لأن القاذف كشف ستره بطرف لسانه فلزمه الحد » .

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام » فسوى عليه السلام بين حرمة العرض من الحر والعبد نصاً ولا سيما الخفيفون الموجبون القود على الحر للعبد وعلى الحرية للأمة فقد أثبتوا أن حرمتها سواء^(١).

ولأنه رأى سليم شديد إذ أن التفرقة غير مفهومة إطلاقاً في هذا ، وإنما خفف الله عنهم العذاب إلى النصف في الحد الذي يتبعض لنقصان حالهم . وضعفهم بين الناس .

٤ - الإسلام :

يشترط في المقلدوف أن يكون مسلماً حتى يجب الحد على قاذفه . وقد روى عن ابن المسيب وابن أبي ليلى أنه إذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد^(٢).

ومن قذف من كان مشركاً وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلغى إلى قوله . وحد القاذف إذا طالب المقلدوف^(٣).

٥ - العفة عن الزنا :

وعفاف المقلدوف الموجب لحد قاذفه هو السلامة من فعل الزنا قبل القذف وبعده .

والمطالب بإثبات عدم العفة هو القاذف لا المقلدوف لأنه هو المدعى . وعلى المدعى إثبات دعواه^(٤).

(١) انظر ص ٢٧٢ المحلى جزء ١١ لابن حزم . ولكن هذه الأحكام جارية عليهم بين الناس في الدنيا لا عند الله في الآخرة وقد يكون العبد أقوى من الحر جسماً ومع ذلك عليه نصف الحد المقرر على الحر .

(٢) انظر ص ١٦٦ الخراج ، ص ٢٠٣ المفتى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ٢٢٢ المفتى جزء ١٠ .

(٤) انظر ص ٢٨٩ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عند بعض الحنفية سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر وعن إبراهيم النخعي وابن أبي ليلى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الراى صادقا^(١).

ومن قذف رجلا فلم يقيم الحد حتى زنى المقلوف لم يزل الحد عن القاذف ، وهذا قال الثوري وأبو ثور والمزني وداود وأحمد .
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا حد عليه^(٢) بدليل أنه لو ارتد أو جن لم يقيم الحد لأن وجود الزنا يقوى قول القاذف ويدل على تقدم الفسق منه فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .
ولا حد على من قذف امرأة محدودة في الزنا أو معها ولد لا يعرف له أب أو لاعنت بولد لأن أمانة الزنا معها ظاهرة فلم تكن عفيفة^(٣) .
ولا يلزم في المقلوف ولا يسقط الحد عن قاذفه كونه معروفاً بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا^(٤).

(١) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢١٩ المفتي ج ١٠ .

(٣) انظر المبسوط جزء ٩ ص ٢٧ إلى ٤٢ بدائع الصنائع .

(٤) انظر ص ١٧٥ الذخيرة للقرافي ، انظر ص ٧٤ مثلا خسرو .

(قال في البدائع فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا من المقلوف أو على إقراره بالزنا سقط الحد عن القاذف ويقام حد الزنا على المقلوف) .

ويناقش ذلك مثلا خسرو فيقول :

« في إقامة الحد على المقلوف بالبيئة على إقراره نظر لأنه قد تقدم في كلام البدائع ما يناقض هذا وهو الصواب ونصه ولو أقر أي بالزنا أربع مرات في غير مجلس القاضى وشهد الشهود على إقراره لا تقبل شهادتهم لأنه إن كان مقرأً فالشهادة لغو لأن الحكم للإقرار لا للشهادة . وإن كان منكراً فالإنكار منه رجوع والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة حقاً لله صحيح . فقد أفاد بهذا صريحاً أنه لا حد على المقلوف بإقامة البيئة على إقراره ولا حد على القاذف بإقامة البيئة ويمكن دفع المناقضة بحمل قول صاحب البدائع على ألف والنشر المشوش بإرجاع قوله سقط الحد عن القاذف إلى قوله أو على إقراره على الزنا وإرجاع قوله ويقام حد الزنا على المقلوف إلى قوله ، فإن أقام أربعة من الشهود عند معاينته الزنا من المقلوف ولكن لا يخفى ما فيه من التكلف =

٦- كما يشترط أن لا يكون المقدوف مجبواً ولا أخرس ولا خنثى مشكلاً ، وأن لا تكون المرأة المقدوفة رتقاء ولا خرساء .

فالحجوب والرتقاء لا يحد قاذفهما لأنهما وإن صدق عليهما تعريف المحصن لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذب القاذف بيقين .

أما الأخرس فكلامه بالإشارة ولو كان ينطق ربما صدق القاذف وفي ذلك شبهة تدراً الحد^(١).

وقد قال بذلك الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر والحسن . ويرى الحنابلة أن الحد يلزمه^(٢) لعموم آية القذف ولأنه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذف القادر على الوطء ولأن إمكان الوطء أمر خفي لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذف المريض .

والقاذف من أهل البغي متى قذف رجلاً من أهل العدل في عسكرهم أو في عسكر أهل الحرب أو قذف رجل من أهل الحرب رجلاً منهم لم يحد واحد منهم لأنه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الإمام وقد بينا أن ولاية الاستيفاء إنما تثبت للإمام إذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفى لا يجب الحد^(٣) .

= ولا يساعده كلام التحفة . وفي كلام الكمال ما يشير إلى هذا حيث قال : فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المقدوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف . ومن الثلاثة أي الذين أقامهم القاذف فشهدوا بالزنا لأن الثابت بالبينه كالثابت بالمعينة فكأننا سمعنا إقراره بالزنا إلا أن المعتبر في الإقرار إسقاط الحد لا إقامته لأن ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود . وفي التارخائية عن التهذيب إن شهد أربعة أنه أقر بالزنا لا حد عليهم ولا على الشهود على الزنا .

(١) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ ، ص ٧١ الدر الحكام جزء ٢ ، ص ٢٠٣ المغنى جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢٠٣ المغنى جزء ١٠ .

(٣) انظر ص ١١٨ المبسوط جزء ٩ .

٧ - ويشترط أيضاً أن يبقى المقدوف متمتعاً بهذه الشروط التي وضعناها حتى يحد القاذف .

فكما ذكرنا ؛ إذا زنى المقدوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطئاً حراماً سقط الحد عن القاذف لأن إحصان المقدوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد وقد زال إحصانه بهذا الوطء . وكذلك إذا ارتد المقدوف وإن أسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لأنه قد سقط الحد لزوال إحصانه بالردة . وكذلك إن صار معتوهاً ذاهب العقل أو أخرس وبقي كذلك، وبالأخرس لا يزول إحصانه ولكن تتمكن شبهة من حيث أنه إذا كان ناطقاً ربما يصدقه ولهذا شرط بقاء الأخرس حتى إذا زال الأخرس وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض حتى يبرأ^(١).

ثانياً — أنه يكون المقدوف معلوماً وإن لم يكن على قيد الحياة :
المقدوف معلوم :

يلزم أن يكون المقدوف معلوماً فإن كان مجهولاً لا يجب الحد كما إذا قال القاذف لجماعة ليس فيكم زان إلا واحد . أو قال لرجلين أحدهما زان لأن المقدوف مجهول^(٢).

حياة المقدوف :

يحد القاذف ولو كان المقدوف ميتاً فحياة المقدوف ليست شرطاً

(١) انظر ص ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٢٣٠ المفنى على الشرح الكبير ، وانظر ص ٢١٧ من المفنى جزء ١٠ .
« وإن قذف مجهولاً وادعى أنه رقيق أو مشرك وقال المقدوف بل أنا حر مسلم فالقول قوله : وقال أبو بكر القول قول القاذف في الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين . لنا أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت إلى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحمله » وانظر ص ١٧٥ من الأخيرة جزء ٨ .

لوجوب العقوبة^(١) ووجوب الحد باعتبار إحصان المقلدوف والموت يقرر إحصانه ولا ينفيه^(٢).

وقد اختلف الفقهاء فيمن له حق المطالبة بالحد .

فقال البعض يثبت لمن له حق الميراث منه، وهو قول الشافعي وأحمد^(٣) ومالك^(٤) ورواية عن محمد بن الحسن^(٥) وهو رأى الشيعة . وقال آخرون يثبت لمن يلحقه الشين والعار بزناه^(٦).

ولهذا يثبت للمحروم من الميراث بالقتل، ويثبت لولد البنت، كما يثبت لولد الابن، خلافاً لمحمد، ويثبت لولد الابن حال وجود الولد وهو قول الحنفية . وعند الشافعي لا يكون لابنه الكافر لأنه لا يرثه .

كما قال ابن أبي ليلى : الغائب كالميت لأن خضومته تتعذر لغيبته كما هو متعذر لموته .

وقال صاحب المبسوط يستطيع الغائب أن ينيب أو يبعث بوكيل ليخاصم .

(١) المرقال يا بن الزانية وأمه ميتة يحذف لأنه قدف محصنة بعد موتها .

(٢) انظر ص ١١٢ جزء ٩ المبسوط .

(٣) انظر ص ٢٥٥ أبو يعلى « وقال أبو بكر الحنبل في كتاب الخلاف : ولا يملك الوارث المطالبة كما لو قدف حياً ومات قبل المطالبة » .

(٤) انظر ص ٢٠ المدونة جزء ١٦ (قلت أرأيت الميت إذا قدف من يقوم بحده من بعده وله أولاد وأولاد أولاد وآباء وأجداد . قال ما سمعت من مالك فيه شيئاً إلا أنى أرى لولده وولد ولده وأبيه وأجداده لأبنته وأمه أن يقوموا بذلك . قلت أرأيت إن لم يكن لهذا الميت المقلدوف وارث ولا قرابة فقام بحده رجل من المسلمين أيمن من ذلك أم لا . قال « لا ») .

(٥) انظر ص ١٩٥ فتح القدير جزء ٤ ، ٢٧٥ المهذب جزء ٢ ، ٢٩٤ حاشية الدسوقي جزء ٤ وانظر ص ٢٩٩ المختصر النافع للحلى .

(٦) انظر ص ٧٢ الدرر الحكام جزء ٢ لمن لا خسرو ، وانظر ٢٠٢ حاشية الشلبى على الزيلعى ، وانظر تفاصيل الموضوع بأكمله فى المبسوط ص ١٠٢ جزء ٩ وما بعدها .

فإن مات المقتول بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فإنه لا يقام عليه ما بقي من الحد^(١) وكذلك إن غاب بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم إلا وهو حاضر . كما لو عمى الشهود أو فسقوا بعد ما ضرب بعض الحد يدرأ عنه ما بقي^(٢) .

فإذا جن من له الحد لم يكن لوليه أن يطالب باستيفائه لأنه حق يجب للمتشنى فأخر لإفاقة^(٣) .

قذف الجماعة :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد ومالك والثوري والليث: إذا قذفهم بقول واحد فعليه حد واحد، وقال ابن أبي ليلى إذا قال لهم يا زناة فعليه حد واحد وإن قال لكل إنسان يا زاني فلكل إنسان حد وهو قول الشعبي .

(١) انظر ص ٢٠٣ (الزيلي جزء ٣) « ويبطل بموت المقتول لا بالرجوع والمغور يعني حد القذف يبطل بموت المقتول ولا يبطل بالرجوع عن الإقرار ولا بالمغور وكذا بموته في أثناء الحد يبطل لأن فيه حق الله تعالى وحق العبد فالنظر إلى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالمغور وبالنظر إلى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود . وإنما قلنا بأن فيه الحقين لأنه من حيث أنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقتول وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقاً للعبد ومن حيث أنه شرع زاجراً وإخلاء للعالم عن الفساد صار حقاً لله تعالى ولهذا سمي حداً فلما تعارضت فيه الأدلة تعارضت فيه الأحكام أيضاً فن حيث أنه حق الله تعالى لا يباح القذف بإباحته ويستوفيه الإمام دون المقتول ولا ينقلب مالا عند سقوطه ، ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل إلا أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه المغر ولا يجوز الاعتياض عنه ويجرى فيه التداخل ويشترط فيه إحصائه ومن حيث أنه حق العبد تشترط فيه المدعى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن وقيمه القاضي بدله ويقدم استيعاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجوع ولا يصح الرجوع فيه عن الإقرار . فإذا تعارض فيه الحقان كان المنقلب فيه حق الله عندنا . وعند الشافعي حق العبد حاجتين . . » وانظر ص ١٤٤ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ١١٤ المبسوط جزء ٩ .

(٣) انظر ص ٢٧٥ المهذب جزء ٢ .

وقال عثمان البتي إذا قذف جماعة فعليه لكل واحد حد، وإن قال لرجل زנית بفلاة فعليه حد واحد لأن عمر ضرب أبا بكرة وأصحابه حداً واحداً ولم يحدّم للمرأة، وقال الأوزاعي إذا قال يا زاني ابن زان فعليه حدان، وإن قال لجماعة إنكم زناة فحد واحد، وقال الحسن بن صالح إذا قال من كان داخل هذه الدار فهو زان ضرب لمن كان داخلها إذا عرفوا .

وقال الشافعي فيما حكاه المزني عنه إذا قذف جماعة بكلمة واحدة فلكل واحد حد ، وإن قال لرجل واحد يابن الزانين فعليه حدان .

وقال الجصاص : إن قاذف جماعة من المحصنات لا يجلد أكثر من ثمانين ومن أوجب على قاذف جماعة المحصنات أكثر من حد واحد فهو مخالف لحكم الآية « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » (١) .

اللعان :

كان حد قاذف الأجنبية والزوجات الجلد ، والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لهلal بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سيماء : « اثني بأربعة يشهدون وإلا فحد في ظهرك . » وقال الأنصار أيجلد هلال بن أمية وتبطل شهادته في المسلمين ؟

ثبت بذلك أن حد قاذف الزوجات كان كحد قاذف الأجنبية .

وقد نسخ عن الأزواج الجلد باللعان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلal بن أمية حين نزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم » (الآيات) اثني بصاحبك فقد أنزل الله فيك قرآناً ولاعن بينهما .

وعلى ذلك إن كان المقدوف الزوجة والقاذف زوجها يحد إلا أن يلاعن منها .

(١) انظر ص ٢٣١ جزء ٣ الجصاص .

واللعان أن يقول في مكان عام أشهد بالله أني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا بفلان وأن هذا الولد من زني وما هو مني ، إن أراد أن ينفي الولد ويكرر ذلك أربعاً .

ثم ، وفي الخامسة لعنة الله على إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا بفلان إن كان ذكر الزاني بها وإن هذا الولد من الزنا وما هو مني . فإذا قال هذا فقد أكمل لعانه وسقط حد القذف عنه ووجب حد الزنا على زوجته .

إلا أن تلاعن فتقول : أشهد بالله أن زوجي هذا لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا بفلان وأن هذا الولد منه وما هو من زنا (تكرر ذلك أربعاً) . ثم تقول في الخامسة ، وعلى غضب الله إن كان زوجي هذا من الصادقين فيما رماني به من الزنا بفلان^(١) .

فإذا أكملت هذه سقط حد الزنا عنها وانتهى الولد عن الزوج ووقعت الفرة بينهما وحرمت عليه على الأبد .

أما إذا كان المذوف الزوج والقاذف زوجته ، تحذف ولا تلاعن . واللعان مصدر مأخوذ من اللعن أي البعد . وأصل اللعن الطرد والإبعاد قال الله تعالى « ويلعنهم اللاعنون » قال المفسرون أي يطردون ويبعدون عن رحمته^(٢) . وشرعاً كلمات مخصوصة جعلت حججاً أي جعلها الله حجة لأن كل كلمة من الكلمات الأربع بمنزلة شاهد . فالكلمات الأربع بمنزلة الشهود الأربعة الذين هم حجة في الزنا ونحوه^(٣) .

فالزوج يتبلى بقذف امرأته لدفع العار الذي ألحقته به ، والنسب الفاسد إن كان هناك ولد ينفيه . وقد يتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له

(١) فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان لحق به الولد وحد القذف ولم تحمل له الزوجة عند الشافعي وأبي حنيفة . انظر ص ٢٢١ المارودي .
(٢) انظر ص ١٩٧ الباجوري جزء ٢ .
(٣) انظر ص ١١٨ المهذب جزء ٢ .

وإن تيسرت له البينة لأن الشأن أن لا يجد بينة^(١) وقال ابن شبرمة يلاعن المسلم زوجته اليهودية إذا قذفها . وقال ابن وهب عن مالك ، الأمة المسلمة والحرّة والنصرانية واليهودية تلاعن الحر المسلم . وكذلك العبد يلاعن زوجته اليهودية .

والمحدود في القذف يلاعن . وإن كان الزوجان جميعاً كافرين فلا لعان بينهما . والمملوكان المسلمان بينهما لعان .

وقال الأوزاعي لا لعان بين أهل الكتاب ولا بين المحدود في القذف وامراته . وقال الليث بن سعد^(٢) في العبد إذا قذف امرأته الحرّة أنه يلاعنها . والقذف الذي يوجب اللعان هو رمى الزوجة بالزنا أو ينفي الولد وقد اختلف الفقهاء في صفة القذف الموجب للعان .

فقال أبو حنيفة والصاحبان وزفر والشافعي إذا قال لها يا زانية وجب اللعان . وعلى هذا الرأي يلاعن الأعمى إذا قذف امرأته وقال مالك بن أنس والليث بن سعد يلاعن إلا أن يقول رأيتك تزنين أو ينفي ولداً منها ومع ذلك فعندهما يلاعن الأعمى^(٣) .

ولو قذف امرأته مراراً يكفي لعان واحد كالحدة بخلاف ما إذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة أو كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحدة . والفرق أن المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقدوفين ولا يحصل في اللعان لأنه يتعذر الجمع في كلمات اللعان وقد يكون

(١) انظر ص ١١٩ المذهب جزء ٢ « إن الزوج إن قدر على البينة ولا عن جواز لأنها بينتان في إثبات حق فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الأخرى » .

(٢) الليث بن سعد هو فقيه مصر وعالمها . ولد بقلقشندة قرية بمصر سنة ٩٤ هـ رحل لطلب العلم إلى مكة وبيت المقدس وبغداد . وتقابل مع تسعة وخمسين تابعياً حدث عنهم . وكان يكتأب الإمام مالك بالمدينة في مسائل الفقه والتشريع عرض عليه المنصور أن يكون والياً على مصر فأبى توفي بمصر سنة ١٧٥ هـ .

(٣) انظر ص ٣٥٥ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ .

صادقاً في البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق^(١).

١- شروط اللعان :

للعان جملة شروط نذكرها بوجه الإجمال :

١- أن يكون الزوج الملائع بالغا عاقلا مختاراً . ولا يلزم أن يكون مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً لقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم » . ولأن اللعان للرد العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب ، فالكافر كالمسلم والعبد كالحر في ذلك .

وأما الصبي والمجنون فلا يصح لعانها لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبي والمجنون كالمطلق .

وأما الأخرس فإنه إن لم يكن له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة فلا يصح لعانه ، فإن كانت له إشارة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه أصبح معبراً كالناطق^(٢).

٢- أن يكون اللعان بأمر الحاكم لأنه كالمبين في الدعوى فلا يصح إلا بأمر الحاكم^(٣).

٣- أن يكون اللعان بحضرة شهود أربعة ، ويبدأ به الزوج لأن الله تعالى

(١) انظر ص ١٤ جزء ٣ حاشية الشلبى على الزيلعي .

(٢) وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة فقلدها عزر ولا يحده أن يلاعن للرد

التعزير لأنه تعزير قذف .

فإن كانت الزوجة صغيرة لا يوطأ مثلها فقلدها عزر ولا يلاعن للرد التعزير لأنه ليس بتعزير قذف وإنما هو تعزير على الكذب لأن الصغيرة التي لا توطأ لا يتصور منها الزنى وهي لا تحد أصلاً . انظر ص ١١٩ المذهب . جزء ٢ .

ويلاحظ هذا التفصيل في إشارات الأخرس لأن اللعان لإسقاط الحد لا لوجوبه وإثباته . أما فيما سبق فلم تراعى إشارة الأخرس لأنها كانت لإثبات الحد ووجوبه . ومع ذلك نرى الحنفية يقولون إنه لا لعان بقذف الأخرس . كذلك إذا كانت هي خرساء لأن قلدها لا يوجب الحد لاحتال أنها تصدقه ورأى الشافعية هو الذي يتمشى مع المنطوق (انظر ص ٢٠ الزيلعي جزء ٢) .

(٣) انظر ص ١٢٧ المذهب جزء ٢ .

بدأ به في الآية وبدأ به الرسول في لعان هلال بن أمية ولأن لعانه بينة الإثبات ولعان المرأة للإنكار وتقدم بينة الإثبات .

٢- آثار اللعان :

١- سقوط الحد :

فإن لاعن الزوج سقط عنه ، ما وجب بقذفه من الحد ، والدليل على ذلك ما روى عبدالله بن عباس في حادث هلال بن أمية أن الرسول قال : « أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً » .

٢- نفى النسب :

فينفى عنه الولد لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رجلاً لاعن امرأته في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم وانتهى عن ولدها ففرق الرسول بينهما وألحق الولد بالمرأة .

٣- حد الزنا :

ويجب على المرأة حد الزنا لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة، ولا يجب على الرجل الذي رماها به حد الزنا لأنه يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان .

وللمرأة أن تدرأ عنها حد الزنا باللعان لقوله تعالى « ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين » ولا تذكر المرأة النسب في اللعان لأنه لا دخل لها في إثبات النسب أو نفيه^(١) .

٤- الفرقة بعد اللعان :

قال أبو حنيفة والصاحبان لا تقع الفرقة بين الزوجين بعد اللعان حتى يفرق بينهما القاضي .

وقال مالك وزفر والليث بن سعد إذا فرغا من اللعان وقعت الفرقة وإن لم يفرق بينهما القاضي .

(١) انظر ص ١٢٧ المذهب ج ٢ .

وعن الثوري والأوزاعي : لا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده .
 وقال عثمان البتي : إن الملاءنة لا توجب الفرقة ويلزم الطلاق .
 وقال الشافعي : إذا أكل الزوج الشهادة والالتهان فقد زال الفراش
 ولا تحل له أبداً التعنت أو لم تلتعن .
 ورأى عثمان البتي والشافعي انفردا بهما عن سائر الفقهاء (١) .
 وإن أبت الزوجة حبست حتى تلاعن أو تصدقه لأنه حق مستحق عليها
 وهي تقدر على إيفائه فتحبس حتى توفي أو تصدقه فيرتفع السبب .
 وقال الشافعي إذا امتنع الزوج من اللعان يحد لأنه وجب عليه الحد
 بالقلف إلا أن يتمكن من رفعه باللعان تخفيفاً عليه فإذا لم يدفع يحد، وكلما
 المرأة إذا أبت تحد حد الزنا لأن الزوج أوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن
 من رفعه باللعان (٢) .

الركن الثالث — القصد الجنائي :

في الفقه العربي :

الأصل أن القذف يعاقب عليه ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف في
 حقه صحيحة وثابتة . وسواء كان الباعث على القذف خبيثاً أو شريفاً . والقانون
 لا يتطلب في جريمة القذف قصداً جنائياً خاصاً ، بل يكفي بتوافر القصد
 الجنائي العام الذي يتحقق فيها متى نشر القاذف أو أذاع الأمور المتضمنة
 للقلف وهو عالم أنها لو كانت صادقة لأوجبت عقاب المقذوف في حقه
 أو احتقاره عند الناس .

ولا يؤثر في توافر هذا القصد أن يكون القاذف حسن النية أي معتنقاً

(١) انظر ص ٣٦٧ الجصاص في أحكام القرآن جزء ٣ .

وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف . وقال الطحاوي قول الشافعي
 خلاف القرآن والحديث (انظر ص ١٨ جزء ٣ الزيلعي) .

(٢) انظر ص ١٦ جزء ٣ الزيلعي .

صححة ما رى المجنى عليه به من وقائع القذف^(١).

وفى جريمة السب فإن القصد الجنائى يتوافر من مجرد إسناد العبارات البلدية إلى المجنى عليه ولا يغنى دفاع المتهم بأنه لا يحمل ضغينة للمجنى عليه أو يرجو ثمرة خاصة من ورائه إذ لا عبرة بالبواعث فى هذا الشأن^(٢).

أما القصد الجنائى فى جرائم الإهانة فيتحقق متى كانت العبارة بذاتها تحمل معنى الإهانة؛ فمجرد توجيه العبارات المهينة عمداً مهما كان الباعث على توجيهها يوجب العقوبة.

فى الفقه الإسلامى :

رأينا أن التشريع الإسلامى لا يعاقب على هذه الجرائم إلا إذا كانت قلناً بالزنا أو بنفى النسب وخلاف ذلك من الجرائم يعاقب عليه بالتعزير لا بالحد أى يعاقب عليه بعقوبات غير محددة على ما يرى القاضى خلافاً للقذف الذى يعاقب عليه بثمانين جلدة .

والتشريع الإسلامى يستلزم توافر القصد الجنائى العام كما رأينا فى الفقه الغربى ؛ نلاحظ ذلك من استقراء النصوص الخاصة بهذا الموضوع .

ورد فى المذهب للشيرازى :

« ومن لا يجب عليه الحد لعدم إحصان المقدوف أو للتعريض بالقذف من غير نية - عزر ، لأنه آذى من لا يجوز أذاه »^(٣).
كما ورد فى نفس المرجع .

« ولا يجب الحد إلا بصريح القذف أو بالكناية مع النية كقوله يا فاجر - فإن نوى به القذف وجب الحد »^(٤).

(١) انظر ص ١٤١ المدونة الجنائية للدكتور محمد مصطفى القلى .

(٢) انظر حكم محكمة جنايات مصر الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٩ - ٤٦ المؤدى

(٣) انظر ص ٢٧٤ المذهب جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٢٧٣ المذهب جزء ٢ .

وورد في الزيلعي :

ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد، لأن ظاهر هذا اللفظ الفاحشة لا الصعود وإن كان يستعمل فيها فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف .
وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحد لأنه نوى ما يحتمله لفظه^(١).

المبحث الثاني الإثبات في القذف

يثبت القذف على القاذف بالشهادة وبالإقرار .

الإثبات بالبينة :

يثبت بشهادة رجلين^(٢) . واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين ، وبشهادة النساء^(٣) .

قال الكمال بن الهمام « ويسألها القاضي ما هو وعن خصوص ما قال . ولا بد من اتفاقهما على اللغة التي وقع بها إذ لو اختلف فيها بطلت الشهادة وكذا الاتفاق على زمان القذف »^(٤).

فإن لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبس القاذف حتى يسأل عنهم لأنه صار متهماً بارتكاب جريمة القذف وهو كما قلنا نوع من الحبس الاحتياطي .

فإن أقام المدعى شاهداً واحداً وأورى أن شاهده الآخر سيحضره في يومين أو ثلاثة يحبس القاضي حين إحضاره عند أبي حنيفة ؛ وعند الصاحبين يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولا يحبس لأن أبا حنيفة لا يرى الكفالة بالنفس في الحد^(٥).

(١) انظر ص ٢٠٤ الزيلعي جزء ٣ .

(٢) انظر ص ١٦٥ الخراج .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٤) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، ١٢٧ المبسوط جزء ٩ .

(٥) انظر ص ١٠٧ المبسوط جزء ٩ ، ص ١١٥ نفس المرجع .

فإن جاء المقلوف بشاهدين فشهدا أنه قلغه سئلا عن ماهيته وكيفيته لأنهم شهدوا بلفظ مبهم ، فالقلوف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فإن لم يزيدوا على ذلك لم تقبل شهادتهم لأن المشهود به غير معلوم ولا يتمكن من القضاء بالمجهول .

فإن قالوا نشهد أنه قال يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف إن كانا عدلين لأنهما شهدا بالقلوف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة .
فإذا اختلف الشاهدان في الوقت أو المكان لم تبطل شهادتهما في قول أبي حنيفة . وعلى قول الصحابين لا يحسد القاذف بهذه الشهادة^(١) ولا يقبل فيه شهادة النساء على النساء^(٢) ولا شهادة النساء على الرجال^(٣)، ولا يقبل في القلوف كتاب القاضي إلى القاضي ولا الشهادة على الشهادة .

ولو ادعى القاذف أن المقلوف صدقه وأقام على ذلك رجلا وامرأتين جاز . وكذلك الشهادة على الشهادة . وكتاب القاضي إلى القاضي لأن الشهادة ههنا قامت على إسقاط الحد لا على إثباته والشبهة تمنع من إثبات الحد لا من إسقاطه^(٤).

وإنما إن قذف رجل رجلا أمام القاضي فللقاضي أن يحده وإن لم يشهد به غيره إنما يشترط أن يكون ذلك أمامه .
فإن علمه القاضي قبل أن يعين للقضاء ثم ولى القضاء ليس له أن يقيم الحد حتى يشهد به غيره^(٥).

وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى رجل لم يقم عليه الحد لأن المستحق مجهول . ولا يطالبه بتعيينه لقوله عز وجل : « لا تسألوا عن أشياء إن

(١) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٢ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ ، ١٠٨ المبسوط جزء ٩ .

(٢) انظر ص ٧٠ الدرر الحكام جزء ٣ .

(٣) انظر ص ١١٦ المبسوط جزء ٩ .

(٤) انظر ص ٤٦ هداية الصنائع جزء ٧ .

(٥) انظر ص ٢٠٣ حاشية الشلبى على الزيلعي جزء ٣ .

تبدلكم تسوكم . وإذا سمع السلطان رجلا يقول زنى فلان، ففي ذلك وجهان :
١ - أنه يلزمه أن يسأل المقدوف فإن كذبه وطالب بالحد حد . وإن صدقه حد المقدوف .

٢ - أنه لا يلزم الإمام لإعلامه لقول الرسول « ادرعوا الحدود بالشبهات » ويرى مالك في هذه الحالة أنه لا يجوز للقاضي ذلك إذا لم يكن شاهد غيره . وإذا كان معه شاهد آخر أيضاً لم يقم الحد هو . ولكن يرفع ذلك إلى من هو فوقه فيقيم الحد^(١) .

روى أن عمر بن الخطاب في أيام خلافته رأى رجلا وامرأة على فاحشة فجمع الناس وقام فيهم خطيباً وقال : ما قولكم إذا رأى أمير المؤمنين رجلا وامرأة على فاحشة ؟ فقال على بن أبي طالب وأجابه بقوله : « يأتي أمير المؤمنين بأربعة شهداء أو يجلد حد القذف ويصبح ساقط الشهادة إذا صرح باسمي من رآهما شأنه في ذلك شأن سائر المسلمين . فسكت عمر ولم يعين شخص من رآهما^(٢) .

ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف أو زمانه فإن شهد أحدهما أنه قذف في مكان كذا وشهد الآخر أنه قذف في مكان آخر أو شهد أحدهما أنه قذف يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذف يوم الجمعة، قبلت شهادتهما ووجب الحد عند أبي حنيفة وهو رأى المالكية^(٣) .
أما عند الصاحبين فلا تقبل هذه الشهادة .

وجه قول أبي حنيفة أن اختلاف مكان القذف وزمانه لا يوجب اختلاف القذف لجواز أنه كرر القذف الواحد في مكانين وزمانين لأن القذف من باب الكلام . والكلام مما يحتمل التكرار والإعادة . والمعاد عين

(١) انظر ص ٢٧٦ المذهب جزء ٣ ، ٤ ٣٠ المدونة جزء ١٦ .

(٢) انظر ص ١٥٧ . كتاب حقوق الإنسان في الإسلام للدكتور علي عبد الواحد وافي .

(٣) انظر ص ٢٩٠ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

الأول حكماً وإن كان غيره حقيقة فكان القذف واحداً فقد اجتمع عليه شهادة شاهدين^(١).

ووجه قول الصاحبين أنهما شهدا بقذفين مختلفين لأن القذف في هذا المكان والزمان يخالف القذف في مكان آخر وزمان آخر فقد شهد كل واحد منهما بقذف غير القذف الذي شهد به الآخر وليس على أحدهما شهادة شاهدين فلا يثبت .

شهادة المحدود في القذف :

وقد اختلف الفقهاء في شهادة المحدود في القذف بعد التوبة .

(١) فقال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والثوري والحسن بن صالح لا تقبل شهادته إذا تاب وتقبل شهادة المحدود في غير القذف إذا تاب .
(٢) وقال مالك وعثمان البتي والليث والشافعي تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب .

وقال الأوزاعي لا تقبل شهادة محدود في الإسلام^(٢).

(٣) والسبب في اختلافهم هو : هل الاستثناء « إلا الذين تابوا » يعود إلى الجملة المتقدمة أو يعود إلى أقرب مذكور . وذلك في قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون إلا الذين تابوا » فن قال يعود إلى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ، ومن رأى أن الاستثناء يتناول الأمرين جميعاً قال ، التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة . واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد^(٣).

(١) انظر ص ٥٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٣٦ أحكام القرآن للجصاص جزء ٣ وانظر ص ١٦٦ الخراج فيمن

تاب بعد حد القذف .

(٣) انظر ص ٣٧٠ بداية الجهد لابن رشد جزء ٢ وانظر ص ٢٠٦ فتح القدير جزء ٤ .

الإثبات بالإقرار :

كما يثبت القذف على القاذف بالبينة يثبت بإقراره، فمن أقر بالقذف يحد حد القذف .

ومن شروط الإقرار بالقذف :

- ١ - أن يكون صادراً من بالغ عاقل .
- ٢ - أن يكون بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة .

ولا يشترط في الإقرار المذكور :

- ١ - البصر - فإقرار الأعمى صحيح .
 - ٢ - الحرية أو الذكورة أو الإسلام - فإقرار العبد أو الأنثى أو المماليك أو المستأمن صحيح .
 - ٣ - العدد - فيكفي الإقرار مرة واحدة بإجماع الفقهاء .
 - ٤ - مدة معينة - فالإقرار يصح ولو مضت عليه مدة طويلة^(١) .
- ولا يقبل من المقر الرجوع عنه عند من يقول بأن حد القذف فيه حق للعتدوف^(٢) .
- فإن شهد رجلان أو رجل وامرأتان على إقرار المذوف بالزنا يدرأ الحد عن القاذف .

فإذا ثبت القذف على القاذف بإحقة ثلاثة أحكام :

- الأول : جلده ثمانين جلدة .
 - الثاني : بطلان شهادته .
 - الثالث : الحكم بتفسيقه إلى أن يتوب .
- وقد اختلف الفقهاء إلى رأيين .

(١) انظر ص ٥٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ١٩٩ فتح القدير جزء ٤ ، ١٠٩ المبسوط جزء ٩ ، ٧٣ منلا خسرو

جزء ٢ .

الأول : قال الليث بن سعد والشافعي : تبطل شهادته وتلزمه سمة الفسق قبل إقامة الحد عليه .

الثاني : وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد ومالك : شهادته مقبولة ما لم يحد^(١).

ويستدل الحنفية بما رواه عمرو بن شعيب عن أمه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف » فأخبر النبي ببقاء عدالة القاذف ما لم يحد .

فإذا أقر القاذف بالقذف أو عجز عن إقامة البينة في الحال وطلب التأجيل لإحضار الشهود ، يؤجل إلى انتهاء مجلس القاضي ، فإن عجز حد ، وإلا يؤجل ليعث في طلب الشهود ويحبسه الإمام حتى حضورهم^(٢).

تقادم هذه الجريمة :

هذه الجريمة لا تسقط بمضي المدة لأن التأخير عن الشهادة لا يدل على الضغينة والتهمة . فالمقذوف ليس بمخير بين بذل النفس وبين إقامة الحد بالدعوى ، بل الواجب عليه دفع العار عن نفسه بدعوى القذف فلا يهتم بالتأخير ، فكانت الدعوى صحيحة منه^(٣).

ولو كان الزنا قد سقط بمضي المدة لعدم الشهادة عليه في رأى من يقول بذلك ، فلا يحد قاذفه بذلك الزنا إن أحضر الشهود عليه .

ولو زنى رجل ومضت المدة القانونية ولم يحد في رأى من يقول بالتقادم وقذفه رجل بذلك الزنا وأثبت زناه بالشهود فلا يحد القاذف^(٤).

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٣ من أحكام القرآن للجصاص .

(٢) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام جزء ٣ ، انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ .

(٣) انظر ص ٤٧ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ١٩٩ الزيلعي جزء ٣ .

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

أولاً : إن القذف في التشريع الوضعي شامل القذف بكل الجرائم كالزنا والسرقة والنصب وغير ذلك ، فمن يقول لآخر يا زاني يا نصاب يا مرتشي يعاقب بعقوبة القذف .

أما في التشريع الإسلامي فلا يعاقب بعقوبة القذف إلا من يقذف الآخر بالزنا أو بنفى النسب فقط .

ثانياً : إن القذف في التشريع الوضعي تكتمل أركانه ولو كان القاذف صادقاً، فالقاذف يعاقب بعقوبة القذف ولو كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة وثابتة .

أما في التشريع الإسلامي فالقاذف تدرأ عنه العقوبة إذا أثبت جريمة الزنا على المقذوف . أي أن القاذف لا يعاقب إذا كانت الواقعة المسندة للمقذوف في حقه صحيحة^(١) .

ولنا ملاحظات ثلاث :

١ - أن القذف في التشريع الوضعي يعاقب عليه بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرين جنياً ولا تزيد على مائتي جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط .

وقد لاحظ المشرع أن هذه العقوبات قد تكون غير زاجرة في بعض الحالات فنهج منهج المشرع الإسلامي في التشديد في العقوبة فنصت المادة « ٣٠٨ عقوبات مصرية » على أنه إذا تضمن العيب أو القذف أو السب الذي

(١) ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد عليه عندنا « الحنفية » سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهماً وحكى عن إبراهيم وابن أبي ليلى أنه إن قذفه بفنير ذلك الزنا أو بالزنا مبهماً فعليه الحد . انظر ص ١١٦ جزء ٩ المبسوط .

ارتكب طعناً في أعراض العائلات، وجب على القاضي الحكم بالحبس والغرامة معاً على أن لا تقل الغرامة في حالة النشر في الصحف أو الطرقات عن مائة جنيه مصرى ، وأن لا يقل الحبس عن ستة شهور^(١).

٢ - أن القذف في التشريعين يجب أن يكون علانية، فقد نصت على ذلك المادة «٣٠٣ عقوبات مصرى» كما رأينا ذلك في هذا البحث في الفقه الإسلامى .

٣ - إن قانون الإجراءات الجنائية ينص في الفقرة الأولى من المادة الثالثة منه على أنه لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المحنى عليه ، أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة ، أو إلى أحد مأمورى الضبط القضائى فى الجرائم المنصوص عليها فى بعض المواد، وذكرت من ضمنها مواد القذف .

كذلك الحال فى الفقه الإسلامى، لا يجوز للإمام أن يعاقب القاذف إلا إذا رفعت إليه الدعوى من المحنى عليه أو من وكيله فى قول بعض الفقهاء .

فقال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر ومحمد والأوزاعى والشافعى لا يحسد إلا بمطالبة المقذوف .

وقال ابن أبى ليلى يحده الإمام وإن لم يطالب المقذوف .

وقال مالك لا يحده الإمام حتى يطالب المقذوف إلا أن يكون الإمام سمعه يقذف فيحده إذا كان مع الإمام شهود عدول^(٢).

(١) انظر ص ٤٨٧ من كتاب التشريع وأحكام القضاء .

(٢) انظر ص ٧١ مثلاً خسرو جزء ٢ ، انظر ص ٣٣٣ جزء ٣ أحكام القرآن للجصاص

الفصل الرابع

جرمة شرب الخمر

في الفقه الحديث :

تنص المادة ٣٨٥ فقرة ثانية على عقاب من وجد في حالة سكر بين الطرق العمومية أو في المحلات العمومية بغرامة لا تتجاوز جنبها مصرياً أو بالحبس مدة لا تزيد على أسبوع .

كما ينص القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ : على أنه إذا ارتكب قائد أية سيارة أى مخالفة لأحكام القانون وثبت أنه كان في حالة سكر بين فإنه يعاقب بعقوبة جنحة المرور .

فالقانون الوضعي لا يعاقب على السكر أو شرب الخمر في ذاته وإنما يعاقب إذا كان ذلك في الطرق العمومية أو في المحلات العمومية فقط . فهو يخشى ما يمكن أن يحدث ويخل بالأمن نتيجة السكر البين .

كما أن المشرع راعى المصلحة العامة عندما شدد العقاب على من يرتكب مخالفة وهو يقود سيارة وهو على درجة من السكر قد تفقده وعيه وتضر بالآخرين .

في الفقه الإسلامي :

تدرج المشرع الإسلامي في تحريم شرب الخمر إلى أن نزلت الآية التي في سورة المائدة .

« يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم

العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون .

وقد تكلمنا في هذا الموضوع بتوسع في بحث سابق لنا .
فنفقصر الآن على بيان الجريمة نفسها . فنتكلم عن أركان الجريمة وكيفية إثباتها .

المبحث الأول

أركان الجريمة :

١ - الركن المادى .

٢ - شروط في شارب الخمر .

٣ - القصد الجنائى .

الركن الأول - الركن المادى :

يجس أن نوجه النظر إلى أن الفقهاء المسلمين اختلفوا في شرب الخمر إلى مدرستين .

كل مدرسة لها حجج وأسانيد، فالخمر المستخرجة من العنب هي المحرمة باتفاق المدرستين سواء شرب قليلاً أو كثيراً ، سكر أم لم يسكر .
والخلاف في غيرها من المستخرج من غير العنب - فشرب القليل منه الذى لا يسكر حلال عند مدرسة أهل العراق، حرام في رأى مدرسة الحجاز •
وبذلك تكون هناك جريمتان .

١ - جريمة شرب الخمر المستخرجة من العنب - القليل منه أو الكثير .

٢ - جريمة السكر من الألبدة المستخرجة من غير نبيذ العنب .

وقد وجهنا النظر في بحثنا للعقوبة في النسخة الإسلامى إلى كلمة مأثورة عن أبى حنيفة ولا بأس من أن نذكر بها هنا وهى :

(١) انظر كتاب العقوبة في الفقه الإسلامى للمؤلف .

« لو أعطيت الدنيا بخذافيرها لا أفتى بحرمته لأن فيه تفسيق بعض الصحابة . ولو أعطيت الدنيا بخذافيرها ما شربته لأنه لا ضرورة فيه » .

ونستطيع أن نقسم المادة المسكرة إلى نوعين :

١ - المادة المستخرجة من عصير العنب - وشربها محرم بالاتفاق ، القليل والكثير سواء أسكر أو لم يسكر .

٢ - المستخرج من التمر والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والذرة ، وشرب القليل الذي لا يسكر مباح في مذهب أبي حنيفة .

بل يقول صاحب البدائع :

« وأما الأشربة التي تتخذ من الأطعمة كالحنطة والشعير والدهن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا يجب الحذر بشربها لأن شربها حلال عندهما . وعند محمد كان حراماً - لكن هي حرمة محل الاجتهاد فلم يكن شربها جناية محضة فلا تتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لأن الشرب إذا لم يكن حراماً أصلاً فلا عبرة بنفس السكر » (١).

جريمة شرب الخمر :

فشرب الخمر المستخرجة من نبيذ العنب وهو النبيء المشتد من ماء العنب حرام ولو قطرة واحدة منه (٢).

والعقوبة تجب بالشرب وهو لا يكون إلا بالغم إذا وصل إلى الحلق ولولم يصل إلى الجوف . ولا يكون من الأنف ونحو ذلك ولو وصل إلى الجوف (٣).

ويشترط لوجوب العقوبة بقاء اسم الخمر للمشروب وقت الشرب . فلو

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ . وانظر ص ١٨٤ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) وإذا شرب شيئاً يعتقد أنه خمر فتيب أن غير خمر فلا يحد عليه إثم الجراءة .

وانظر ص ٣١٣ من حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

(٣) انظر ص ٣١٣ المرجع السابق .

خلط الخمر بالماء ثم شرب، نظر؛ فإن كانت الغلبة للماء لا حد عليه لأن اسم الخمرية يزول عند غلبة الماء. وإن كانت الغلبة للخمر أو كانا سواء يحد لأن اسم الخمر باق وهي عادة بعض الناس يشربونها ممزوجة بالماء^(١). وعند المالكية هي خمر ما دام يسكر كثيرها.

وإن ترد في الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحماً فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة. وكذلك إن عجن به دقيقاً ثم خبزه فأكله لم يحد لأن النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره.

وإن احتقن بالخمر لم يحد لأنه ليس بشرب ولا بأكل. ولأنه لم يصل إلى حلقة فأشبه ما لو داوى به جرحه.

وهناك رواية عن أحمد، على أن من احتقن به فعليه الحد لأنه أوصله إلى جوفه^(٢).

وقد جاء في كتب الفقه الحنفى :

اعلم أن جميع ما يستخرج من الأشربة أربعة :

١ - العنب .

٢ - التمر .

٣ - الزبيب .

٤ - الحبوب كالحنطة والشعير والذرة وغيرها .

واعلم أن للماء المستخرج منها حالتين .

فأى ومطبوخ، والمطبوخ قد يطبخ حتى يبقى ثلثه وقد يطبخ حتى يبقى ثلثاه وقد يطبخ حتى يبقى نصفه .

والحرام من الأشربة أربعة والحلال أربعة .

(١) انظر ص ٤٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٣٢٩ المغنى جزء ١٠ .

أما الحرام فهي :

١ - الخمر، وهي التي من ماء العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة أو لم يقاف في رأى الصاحبين .

٢ - الطلاء ، وهو ماء عنب طبخ فذهب أقل من ثلثه^(١).

وقال في المحيط : الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصهار مسكراً . قال الزيلعي وهو الصواب .

لما روى أن كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يشربون من الطلاء وهو ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه .

٣ - السكر^(٢) وهو النبيء من ماء الرطب ، كذا في الهداية والكافي .

٤ - نقيع الزبيب نيئاً إذا غلت .

فالطلاء والسكر والنقيع تحرم عند أبي حنيفة إذا اشتدت وقذفت بالزبد وعند الصاحبين يكفي الاشتداد كما في الخمر .

أما الحلال فهي :

١ - المثلث العنبي ، وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وإن غلى واشتد وسكن من الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند مالك ومحمد والشافعي قليله وكثيره حرام .

سئل أبو حفص الكبير عنه فقال : لا يحل شربه . فقيل خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف فقال : لا لأنهما يحلان شربه لاستمرار الطعام . والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي .

٢ - نبيذ التمر والزبيب مطبوخاً أحنى طبخة وإن غلى واشتد وسكن من

(١) وفي مختار الصحاح الطلاء ما طبخ من عصير العنب حتى ذهب ثلثاه . ويعسر العرب يسمى الخمر الطلاء تحسباً لاسمها . وانظر ص ٥٧ من الجزء الثالث من موطأ مالك . لم يبين فيه أنه من العنب ولا من غيره ، وفيه أن ذلك في زمن الرواء .

(٢) السكر نوع من الرطب شديد الحلاوة ، والسكر « بفتحين » هو عصير الرطب إذا اشتد

الغليان عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي ومالك حرام .
 ٣ - الخليطان وهو أن يجمع بين ماء التمر والزبيب مطبوخاً أدنى طبخة
 ويترك إلى أن يغلي ويشتد فإنه أيضاً يحل إذا شرب ما لم يسكر بلا هو وطرب .
 ٤ - نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وإن لم يطبخ .

وقد حصل خلاف بين الحنفية أنفسهم فيما إذا كان يحل الذي يسكر من
 شرب هذه الأشربة الأربعة الأخيرة وانتهوا إلى رأيين كما ذكرنا (١).

هل الخمر نجسة :

فهم الجمهور من تحريم الخمر ، واستخبات الشرع لها ، وإطلاق الرجس
 عليها ، والأمر باجتنابها - الحكم بنجاستها .
 وخالفهم في ذلك ربيعة والليث بن سعد والمزني صاحب الشافعي ،
 وبعض المتأخرين من البغداديين فرأوا أنها طاهرة ، وأن المحرم إنما هو
 شربها .

وقد استدلل سعيد بن الحداد القروي على طهارتها بسفكها في طرق المدينة
 قال : ولو كانت نجسة لما فعل ذلك الصحابة رضوان الله عليهم . ولهمي
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه كما نهى عن التخلي في الطرق .

قال المعارضون : إن الصحابة فعلت ذلك لأنه لم يكن لهم سروب « حفائر
 تحت الأرض » ولا آبار يريقونها فيها ، إذ الغالب من أحوالهم أنهم لم يكن
 لهم كنف في بيوتهم . وقالت عائشة رضي الله عنها إنهم كانوا يتقصدون من
 اتخاذ الكنف في البيوت ، ونقلها إلى خارج المدينة فيه كلفة ومشقة ، ويلزم
 منه تأخير ما وجب على الفور . وأيضاً فإنه يمكن التحرز منها ، فإن طرق
 المدينة كانت واسعة ولم تكن الخمر من الكثرة بحيث تصير نهراً يعم الطريق
 كلها ، بل إنما جرت في مواضع يسيرة يمكن التحرز منها (٢).

(١) انظر ص ٨٧ مثلاً خسرو جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ جزء ٦ القرطبي .

جريمة السكر من غير الخمر :

شرب ما سوى الخمر من الأشربة المعهودة المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ أذى طبخة من عصير العنب أو التمر أو الزبيب ونحو ذلك .
حنى السكر - يعاقب عليه بالحد^(١).

ولكن ما هو فيصل التفرقة بين الشرب والسكر . ومتى يعاقب السكران

من غير الخمر ؟

قال أبو حنيفة : السكر الذي يجب به الحد على صاحبه أن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض ولا الفرو من القباء .

وعند الصاحبين أن يهذى مطلقاً ، والمراد به أن يكون غالب كلامه هذياناً فإن كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحابة .

(١) انظر ص ٨٦ من ملاحى خمر « تنبيه : لم يتعرض المصنف لنوع يسمى العرق يستخرج بالاستقطار من فضلات الخمر ونجاسته معلومة غليظة لأصله . لكن ليس كحرمة الخمر بالنظر لعدم إكفار مستحله وعدم الحد بدون سكر لأنه ليس خمرأ فلا يلحق بها من كل وجه فليتأمل في حكم العرق . ثم رأيت مثل هذا في شرح النقاية للقهستاني » .

وانظر ص ٣٢٦ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ويدل على ما ذكرنا من انتفاء اسم الخمر عن سائر الأشربة إلا ما وصفنا ما روى عن ابن عمر أنه قال لقد حرمت الخمر يوم حرمت وما بالمدينة يومئذ منها شيء وابن عمر رجل من أهل اللغة ومعلوم أنه قد كان بالمدينة للسكر وسائر الأنبة المتخذة من التمر لأن تلك كانت أشربتهم ولذلك قال جابر عن عبدالله نزل تحريم الخمر وما يشرب الناس يومئذ إلا البسر والتمر . وقال أنس بن مالك : كنت ساقى هموقي من الأنصار حين نزل تحريم الخمر فكان شراهم يومئذ النخيل فلما سمعوا أراقوها فلما نفى ابن عمر تحريم الخمر عن سائر الأشربة التي كانت بالمدينة دل ذلك على أن الخمر عنده كانت شراب العنب التي المشتهر وأن ما سواها غير مسمى بهذا الاسم ويدل عليه أن العرب كانت تسمى الخمر سبيطة ولم تكن تسمى بذلك الأشربة المتخذة من تمر النخيل لأنها كانت تجلب إليها من غير بلادها » .

وانظر ص ٦١ من المدونة جزء ١٦ « قلت رأيت النبيذ إذا انتبهته أصبح لي أن أجعل فيه العجين أو الدقيق أو السويق أو ما أشبهه ليشهد به النبيذ قليلاً أو يتعمل به النبيذ ؟ قال : سألت مالكا عنه فأرخص فيه وقال لا أرى به بأساً فسألناه بعد فنهى عنه » .

لأن السكران في العرف، من اختلط كلامه بجلده بهزله فلا يستقر على شيء^(١).
وعند مالك أن يستوى عنده الحسن والقبیح .
وعند الشافعي وأحمد، السكران هو من يخلط في كلامه على خلاف عادته
في صفة السكر .

قال الشعراني :

ووجه قول أبي حنيفة أن من لا يعرف السماء من الأرض أشد سكرًا
من لا يفرق في الكلام بين الحسن والقبیح كما أن من يخلط في كلامه فقط
أخف سكرًا من لا يفرق في الكلام بين الحسن والقبیح، كما أن من يخلط في
كلامه فقط أخف سكرًا من قبله فمن تورع في عدم إقامة الحد إذا لم يصل إلى
أعلى الحالات عنده فقد قل تورعه من جهة الغيرة على انتهاك محارم الله، ومن
تورع وأقام الحد بوجود أدنى الصفات دون ما فوقها فقد قل تورعه من جهة
احترام ذلك المسلم الشارب للمسكر . وإيضاح ذلك أن من لا يعرف السماء من
الأرض زال تمييزه بالكلية ومن لا يعرف المرأة من الرجل يدرك الأشخاص
ولكن جهل الأوصاف ومن اختلط كلامه يدرك السماء من الأرض ويميز بين
الرجل والمرأة ولكن عنده لحات غيبته فربما كان عنده شعور في أول
كلماته ثم زال قبل أن يتمها، فالأئمة ما بين ناصر لظاهر الشريعة وما بين
محترم لذلك المسلم الشارب فلكل وجهة ومشهد^(٢) .

وخلاصة القول في الخمر :

١ - أن الخمر : وهو ما اتخذ من عصير العنب ودخلته الشدة المطربة -
شربه من الكبائر وموجب للحد ولرد الشهادة إجماعاً ، لا فرق بين كثيره
وقليله الذي لا يسكر .

(١) قال القاضي أبو الوليد : فلا يحل إلا أن يسكر وقد جالس مالك سفيان الثوري
وغيره من الأئمة من يرى شرب النبيذ مباحاً فادعوا للحد مع تظاهرهم لشربه ومناظرتهم عليه
(لأنهم لم يسكروا) ، انظر ص ٢٨٧ الصغيرة جزء ٨ .
والقباء نوع من الملأيس ، وانظر ص ٦٩ جزء ٢ مثلاً خسرو .
(٢) انظر ص ١٧١ الميزان الكبرى جزء ٢ للشعراني .

٢- وأما النبيذ : وهو ما اتخذ من ماء الزبيب أو البلح مثلاً ودخلته الشدة المطربة - فشرب القدر المسكر منه كبيرة وموجب للحد وترد به الشهادة إجماعاً .

٣- وأما شرب القدر الذي لا يسكر من النبيذ لقلته فاختلف فيه :

(أ) قال مالك : إنه كبيرة ، وموجب للحد ، ولرد الشهادة .

(ب) وقال الشافعي وبعض المالكية : إنه صغيرة ؛ لا يوجب حداً ولا ترد به الشهادة .

(ج) وعند أبي حنيفة : لا إثم في شربه ؛ بل هو جائز فلا حد فيه ولا ترد به الشهادة ، فإذا كان لا يسكر الشخص إلا أربعة أقداح ؛ فلا يحرم عنده إلا القادح الرابع .

(د) قيد بعض الحنفية جواز شرب القليل الذي لا يسكر بما إذا كان الشرب للتقوى على الجهاد ونحوه لا لجرد اللهو^(١).

الركن الثاني - شروط في شارب الخمر :

يشترط في المتهم شروط نذكرها :

١- العقل :

٢- البلوغ :

فلا حد على المجنون والصبي الذي لا يعقل ففعاهما لا يوصف بالجناية .

٣- الإسلام :

فلا حد على الذي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية . لأن شرب الخمر مباح عند أهل الذمة . وعن الحسن بن زياد أنهم إذا شربوا وسكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر حرام في الأديان كلها

(١) انظر هذه الخلاصة في الدسوقي على الشرح الكبير ص ٣١٣ جزء ٤ .

٤ - الاختيار :

فمن شرب مكرهاً أو مضطراً فلا حد عليه ولا إثم سواء أكره بالوعيد أو الضرب إلى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » . وكذلك المضطر إليها لدفع غصته به إذا لم يجد ماء سواها فإن الله تعالى قال في آية التحريم « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » .

وإن شربها للعطش، نظرنا : فإن كانت ممزوجة بما يروى العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند الحمصة ، وإن شربها صرفاً أو ممزوجة بشيء يسير لا يروى من العطش أو شربها للتداوى لم يباح له ذلك وعليه الحد . وقال أبو حنيفة يباح شربها لها .

وللشافعية وجهان كالمدحيين : ووجه ثالث ؛ يباح شربها للتداوى دون العطش لأنها حال ضرورة^(١).

٥ - ولا يشترط :

(أ) الذكورة : فيجب الحد على الذكر والأنثى .

(ب) الحرية : وحد الرقيق يكون على النصف من حد الحر^(٢).

الركن الثالث - القصر الجنائي :

يشترط لوجوب الحد أن يكون الشارب قاصداً الشرب أو السكر فإن كان لا يعلم أنه مسكر من النبيذ وكان قد شربه طوعاً فلا يعاقب بالحد لأن السكر من المباح لا يوجب الحد^(٣).

وقد ورد في الشرح الكبير على المغني :

« ويشترط لوجوب الحد على من شربها أن يعلم أن كثيرها يسكر » .

(١) انظر ص ٣٣٠ المغني جزء ١٠ . والمالكية لا تبيح الخمر إلا للنصة فقط .

(٢) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٨٣ فتح القدير جزء ٤ .

لم يعلم فلا حد عليه لأنه غير عالم بالتحريم ولا قصد ارتكاب المعصية بها فأشبهه من زفت إليه غير امرأته . وهذا قول عامة أهل العلم ، فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد فيه أيضاً لأن عمر وعثمان قالا : لا حد إلا على من علمه ، ولأنه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر . ومتى ادعى الجهل بتحريمها وكان ناشئاً ببلد المسلمين لم تقبل دعواه لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلم تقبل دعواه فيه . وإن كان حديث عهد بالإسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة عن البلد قبل منه لأنه يحتمل ما قاله ^(١) .

فإن ظن شخص أن شرباً معيناً غير مسكر فشربه لم يحد وإن سكر ، كما لو وطئ أجنبية يظنها امرأته لا يحد ^(٢) .

المبحث الثاني

الإثبات في جريمة شرب الخمر

ثبتت هذه الجريمة كغيرها من الجرائم بأمرين :

١ - شهادة الشهود .

٢ - بالإقرار .

شهادة الشهود :

يشهد رجلان عدلان أنه شرب الخمر ، وشهادة النساء مع الرجال لا تقبل لأنها مورثة للشبهة - فإن شهدا بالشرب فقط يأمر القاضي باستنكاهه . فيستنكاهه ويخبره بأن ريحها موجودة . فإن زالت لبعد الطريق لا بد أن يشهدا

(١) انظر ص ٣٣٤ الشرح الكبير على المفتى جزء ١٠ .

(٢) انظر ص ٢٨٨ الذخيرة جزء ٨ مخطوط ، وانظر ص ٣٣٢ الشرح الكبير على

المفتى جزء ١٠ .

« وإن وجد سكران أو تقياً الخمر فعن أحمد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرماً أو لم يعلم أنها تسكر وهذا مذهب الشافعي » .

وورد في الحل الشيعي ص ٣٠ « ويسقط الحد عن جهل المشروب أو التحريم » .

بالشرب ويقولوا أخذناه وربحها موجودة^(١).

ويسأل القاضي الشهود عن الخمر ما هي ثم يسألهم كيف شرب لاحتمال الإكراه . وأين شرب لاحتمال أنه شرب في دار الحرب^(٢).

كما أنه لا حد على من توجد منه رائحة الخمر لأن وجود رائحة الخمر لا يدل على شرب الخمر لجواز أنه تمضمض بها ولم يشربها أو شربها من إكراه أو مخصصة ، وكذلك من تقيأ خمرًا لما ذكرنا^(٣).

وإن شهد اثنان أن الذي به رائحة خمر واثنان أنها ليست رائحة خمر حد وهذا عند المالكية^(٤) وهو رأى غريب فالحدود تدرأ بالشبهات وفي اختلاف الشهود شبهة ؛ لأن المثبت يقدم على النافي فليس الاختلاف هنا شبهة عندهم تدرأ الحد . ولو شهد واحد بشربها وآخر بتقيئها حد الشارب^(٥).

الإثبات بالإقرار :

إقرار الشخص حجة عليه . وهل يكفي الإقرار مرة واحدة ؟ يرى أبو حنيفة ومحمد أنه يكفي الإقرار الواحد لوجوب الحد لأنه حد لا يتضمن إتلافاً فأشبه حد القذف^(٦) . ومثل ذلك عن المالكية .

(١) انظر ص ١٩٥ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبى ، ١٧٨ فتح القدير جزء ٤ ، « الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فيلزم أن يشهدوا أن سكر من غير الخمر مع وجود رائحة ذلك المسكر الذى هو غير الخمر » . وانظر ص ٣٠٠ المختصر النافع للحل « ويثبت بشهادة عدلين أو الإقرار مرتين من مكلف حر مختار » .

(٢) انظر ص ٧٠ حاشية الشرنبلالى على منلا خسرو جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ البدائع جزء ٧ .

(٤) انظر ص ٢٨٦ الذخيرة جزء ٨ ، ٣٨٥ من الشرح الصغير جزء ٢ ، الكبير

٣١٤ جزء ٤ .

(٥) انظر ص ٣٠٠ الحل وهو رأى الشيعة . والمالكية ٣١٤ كبير جزء ٤ ، ٣٨ صغير ٢

(٦) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

وعن أبي يوسف وزفر أنه يشترط أن يقر مرتين في مجلسين اعتباراً
بعدد الشهود^(١). وكذلك عند الشيعة .

والأخرس لا يحد بإشارته بشربه .

ويسأل القاضي المقر عن الخمر ما هي وكيف شربها وأين شربها ؟ .

وإذا رجع المقر عن إقراره قبل رجوعه لأنه خالص حق الله فيقبل
الرجوع فيه كسائر الحدود ، وهذا لأنه يحتمل أن يكون صادةً فصار شبهة
والحدود تدرأ بها .

وأما إذا أقر بحد وهو سكران فلا يقبل لأن الإقرار يحتمل الكذب .
وفي إقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرى بالشبهات مثل
الزنا والشرب ، إلا أنه يقبل لإقراره في السرقة في حق المال لأنه من حقوق
العباد . ولأن السكران لا يكاد يثبت على شيء فأقيم السكر مقام الرجوع فيما
يحتمل الرجوع ؛ بخلاف الإقرار بحد القذف وغيره من حقوق العباد لأنه
لا يحتمل الرجوع^(٢).

والإقرار بالشرب لا يبطله التقادم عند محمد كما لا يبطله في حد الزنا
بالاتفاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يبطله التقادم كما تبطل الشهادة .

وقد رجح الزيلعي والكمال بن الهمام رأى محمد .

والتقادم في رأى محمد مقدر بستة أشهر ، أو مفوض إلى رأى القاضي ،
أو بشهر ، وعند أبوحنيفة وأبو يوسف هو بزوال الرائحة^(٣).

(١) انظر ص ١٨٦ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٩٧ الزيلعي جزء ٣ حاشية الشلبي ص ١٩٦ وانظر ص ١٨٦

فتح القدير جزء ٤ .

(٣) انظر ص ١٩٦ الزيلعي جزء ٣ ، ١٧٩ فتح القدير جزء ٤ « وإن أقر بعد ذهاب
رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب
ريحتها أو ذهب السكر من غيرها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع
قبول الشهادة بالاتفاق غير أن هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد باعتبار حد الزنا أي ستة
أشهر أو مفوض إلى رأى القاضي أو بشهر وهو المختار » .

وعند بعض الحنفية أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا ينافى شيء من الأحكام بوجودها ولا بلدها . واشترط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما رواه عبد الرازق عن سفيان الثوري . وقد استبعده بعض أهل العلم^(١).

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها إذا لم يشاهد منه الشرب أو يقر على نفسه لأن الرائحة محتملة . وكذا الشرب قد يقع عن إكراهه أو اضطراره^(٢). وهو رأى الثوري وأبي حنيفة والشافعي .

وقال البعض : يجلد إذا عرف أن ذلك يسكر وهو المأثور عن الخلفاء الراشدين وهو مذهب مالك وأحمد . في غالب نصوصه^(٣) . وذلك لأن ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر^(٤).

(١) انظر ص ١٨٠ فتح القدير جزء ٤ .

(٢) انظر ص ١٨٤ المرجع السابق .

وانظر ص ٧٠ مثلا خسرو جزء ٢ : لا يحد إن شهد عليه بعد زوال الرائحة أو تقيأها أو وجد ريحها منه بلا إقرار أو شهادة أو رجوع عن إقرار شرب الخمر . أما عدم الحد بعد زوال الرائحة فلأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة ولا إجماع إلا برأى ابن مسعود وهو شرط قيام الرائحة .

وأما عدمه بتقيؤها ووجد أن ريحها فلأن الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع بإكراه واضطرار . ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبل وشربه طوعاً لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرمان . وكذا شرب المكره لا يوجب الحد .

وأما عدمه بالرجوع عن إقراره فلأنه خالص حق الله تعالى فيعمل فيه الرجوع . وأما عدمه في إقرار السكران فلزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتمل في دونه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالمصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته .

(٣) انظر ص ١١٦ السياسة الشرعية لابن تيمية .

(٤) انظر ص ٣٣٢ المغني جزء ١٠ .

الفصل الخامس

القتل والضرب والجرح

بعد أن انتهينا من الحدود وهي الجرائم التي إذا توافرت أركانها وشروطها يلزم أن يقضى فيها القاضي بالعقوبة التي حددها الشارع . نتكلم عن نوع آخر من الجرائم هي جرائم القتل والضرب والجرح وهي جرائم وإن أطلق البعض عليها أنها من الحدود^(١) إلا أنها جرائم ذات طبيعة خاصة لا هي بالحدود ولا هي بالتعزير . وهي التي درج فقهاء الشريعة على بحثها في باب القصاص والدية .

والحدود كالقصاص إلا في أمور نذكرها^(٢) :

- ١ - يجوز للقاضي القضاء بعلمه في القصاص دون الحدود .
- ٢ - القصاص يورث والحد لا يورث .
- ٣ - يصح العفو في القصاص ولا يصح في الحد .
- ٤ - التقادم لا يمنع الشهادة بالقتل بخلاف الحد سوى حد القذف .
- ٥ - القصاص يثبت بإشارة الأخرس وكتابته بخلاف الحد .
- ٦ - تجوز الشفاعة في القصاص ولا تجوز في الحد .
- ٧ - لا بد في القصاص من الدعوى بخلاف الحد سوى حد القذف .
- ٨ - يشترط الالتجاء للإمام لاستيفاء الحد دون القصاص^(٣) .

(١) قول سيف الإسلام في مبسوطه . انظر رسالة مخطوطة بدار الكتب مبنونة بعنوان الحدود والأحكام .

(٢) انظر ص ٥٤٢ ابن عابدين جزء ٥ .

(٣) انظر ص ١٨٤ المذهب جزء ٢ « لا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان فإن استوفاه من غير حضرة السلطان ففي الرأي روايتان أحدهما أنه يعزر وفي الأخرى لا يعزر » .

٩- يجوز الاعتياض في القصاص ولا يجوز في الحدود ولا في حد القذف حتى لو دفع القاذف مالا للمقذوف ليسقط حقه فإنه يرجع به .

١٠- يصح الرجوع عن الإقرار في الحد ولا يصح في القصاص .

وقد سبق أن أوضحنا في بحث سابق لنا أن جريمة القتل تهمن عليها في الإسلام السلطة العامة من ناحيتين :

١- أن الذي ينفذ القصاص هو ولي الأمر أو من يفوضه في ذلك وليس هو المحبى عليه أو ولي الدم وإلا كان في ذلك فساد وتخريب وولى الأمر ينفذ ما يختاره المحبى عليه أو وليه من قتل أو عفو أو دية .

٢- إذا عفا ولي الدم عن الجاني فلا يسقط حق السلطة العامة فيعزر بالجلد مائة والسجن عاماً وبهذا قال مالك والليث وعمل به أهل المدينة وروى عن عمر بن الخطاب (١).

وهذا الفصل يحتاج في بحثه بتفصيل إلى مجلدات عديدة ولكننا لضيق المقام نختصر في بحثه فنتكلم عن كل جريمة من الجرائم التي ذكرناها .

المبحث الأول

جريمة القتل

في الفقه الفرجي :

القتل العمد هو إزهاق روح إنسان عمداً وبغير حق بفعل إنسان آخر فيجب أن تكون نية الجاني موجهة إلى القتل لا إلى الاعتداء فقط . فإذا لم تكن نية القتل مقترنة بفعل الاعتداء مهما ترتب عليها من نتائج لا يعتبر الاعتداء قتلاً عمداً : ولو ترتب على ذلك موت المحبى عليه .

وعلى ذلك فأركان جريمة القتل ثلاثة :

(١) انظر ص ٦٨ من كتاب العقوبة في الفقه الإسلامى للمؤلف .

- ١ - وجود إنسان على قيد الحياة أزهدت روحه .
- ٢ - وقوع فعل عملى من الجانى من شأنه إحداث الموت .
- ٣ - أن يكون قصد الجانى إحداث هذه النتيجة .

فى الفقه الإسلامى :

القتل هو فعل مؤثر فى إزهاق الروح ؛ وهو على ما ذكر فى المبسوط ثلاثة أقسام : عمد ، وخطأ ، وشبه عمد^(١) .

القتل العمد

وهو قتل آدى قصداً بسلام ونحوه . ونبحث أركان جريمة القتل العمد فى الفقه الإسلامى نهجاً على طريقتنا فى البحث المقارن بالفقه الغربى .

الركن الأول : وجود إنسان على قيد الحياة أزهدت روحه

يلزم أن يكون المحنى عليه إنساناً كان على قيد الحياة ثم أزهدت روحه حتى يجب القصاص وهو عقوبة القتل العمد فإذا قد رجلا ملفوفاً فى كساء ثم ادعى أنه قد قده وهو ميت وقال الولي بل كان حياً ، ففيه قولان : أحدهما أن القول قول الجانى لأن ما يدعيه يحتمل والأصل براءة الذمة . والثانى أن القول قول الولي لأن الأصل حياته وكونه مضموناً فصار كما لو قتل مسلماً وأورى أنه كان مرتداً^(٢) .

قال أبو محمد بن حزم : « فن جرح ميتاً أو كسر عظمه أو أحرقه فلا شيء عليه فى ذلك . أما القتل فلا شك فيه لأنه ليس قاتلاً^(٣) » .

(١) وهو قول أبي حنيفة وكان أبو بكر الرازى يقول هو خمسة أقسام : عمد وشبه عمد وخطأ وجارى مجرى الخطأ وقتل بتسبب . انظر ص ٥٩ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٤٠ المحل لابن حزم جزء ١١ .

١ - وعلى ذلك فلا يعد قتل الجنين في بطن أمه قتلا بالمعنى المقصود في هذا الباب ففيه عقوبة خاصة .

روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في جنين امرأة من بنى لحيان بغرة : عبد أو أمة .
وعنه قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاخصمها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة : عبد أو وليدة^(١) .

٢ - ولا يعد قتل الحيوان داخلا في هذه الجريمة .
والاعتداء على الحياة يعتبر قتلا مهما كانت جنسية المجني عليه أو نوعه أو سنه أو حالته أو صحته . وإنما يلزم أن نتعرض بشيء من التفصيل لما خاض فيه الفقهاء بخصوص حرية القتل أو ديانته أو أنوثته .

قتل العبد عمداً :

اختلف في ذلك العلماء فقال مالك^(٢) ، والشافعي^(٣) والليث بن سعد

(١) انظر ص ١٢ التاج الجامع للأصول في أحاديث الرسول وانظر ص ٨٧ المبسوط جزء ٢٦ والفرقة عند بعض أهل اللغة المملوك الأبيض ومنه غرة الفرس وهو البياض الذى على جبينه . والفرقة خمسمائة درهم وفي قول مالك ستمائة درهم ، وغرة الشهر أوله .
وهذه أول مقادير الدية ، نصف عشر الدية أى دية الرجل لو كان الجنين ذكراً وعشر دية المرأة لو كان أنثى وكل منهما خمسمائة درهم في سنة . وقال الشافعي في ثلاث سنين كالدية . وقال مالك في ماله . (في العمد وفي الخطأ تفصيل) ولنا فعله عليه الصلاة والسلام « فإن ألقته حياً فأت فدية كاملة » وإن ألقته ميتاً فأت الأم فدية في الأم وغرة في الجنين لما تقرر أن الفعل يتعد بعدد أثره . وصرح في الذخيرة (تتعدد الفرقة لو لجنينين) انظر ابن عابدين ص ٤١٠ .

(٢) انظر ص ١٦٤ المدونة جزء ١٦ ، انظر ص ٣٨ الذخيرة جزء ٨ .
قال : وقال مالك ليس يقاد العبد من الحر ولا تقاد الأمة من الحرية ولا يقاد الحر من العبد ولا الحرية من الأمة إلا أن يقتل العبد الحر فيقتل به . (إلا في الفيلة وهى القتل للمال فيقتل الحر بالعبد) .

(٣) انظر ص ٢٨ الأم جزء ٧ للشافعي : قال الشافعي إذا كان الحر القاتل للعبد فلا قود =

وأحمد^(١) وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد . واحتجوا بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد » وهو رأى الشيعة^(٢) .

وقال أبو حنيفة^(٣) وأصحابه : يقتل الحر بالعبد إلا عبد نفسه . وقال آخرون منهم إبراهيم النخعي : يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل^(٤) .

وقد احتج الحنفية بقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون تنكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم » . وما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من قتل عبده قتلناه به » .

ومن طريق المعنى قالوا : ولما كان قتله محرماً كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر .

قتل الكافر :

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال :

١- قال الشافعي وأحمد وابن شبرمة والثوري والأوزاعي وداود لا يقتل مؤمن بكافر . وهو رأى الشيعة . وعملتهم في ذلك ما روى من حديث علي أنه سأله قيس بن عباد

= بينهما أيضاً في نفس ولا غيرها . قال الشافعي إنما منعنا من قود العبد من الحر مالا اختلاف بيننا فيه والسبب الذي قلناه له مع الاتباع أن الحر كامل الأمر في أحكام الإسلام والعبد ناقص الأمر في عام أحكام الإسلام وفي الحدود فيما ينصف منها بأن حده نصف حد الحر ويقذف فلا يحد له قاذفه ولا يرث ولا يورث ولا تجوز شهادته ولا يأخذ سهماً إن حضر القتال .

(١) انظر ص ٢٥٧ أبو يعلى .

(٢) انظر ص ٣٠٩ المختصر النافع للحلى .

(٣) انظر ص ١٣٥ - ١٣٧ أحكام القرآن للجصاص جزء أول .

(٤) انظر ص ١٢٩ المبسوط جزء ٢٦ ، ١٥٩ ، الخراج . انظر ص ٣١٠ المختصر النافع للحلى .

والأشتر هل عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده إلى الناس .
قال لا : إلا ما في كتابي هذا وأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه
« المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ،
ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده . من أحدث حديثاً أو آوى
محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين » أخرجه أبو داود .

وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : لا يقتل مؤمن بكافر . واحتجوا في ذلك بإجماعهم على أنه
لا يقتل مسلم بالحرب الذي .

٢ - قال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى وعثمان البتي أنه يقتل المؤمن
بالكافر الذي^(١) .

(١) انظر ص ٢٧ ابن العربي جزء ١ .

« قال ابن العربي . ورد علينا بالمسجد الأقصى سنة سبع وثمانين وأربعمائة فقيه من عظماء
أصحاب أبي حنيفة يعرف بالزوزني زائراً للخليل صلوات الله عليه فحضرنا في حرم الصخرة
المقدسة طهرها الله معه وشهد علماء البلد فسل عن المادة في قتل المسلم بالكافر فقال : يقتل به
قصاصاً فطولب بالدليل فقال الدليل عليه قوله تعالى : « يأيا الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في
القتل » وهذا عام في كل قتيل . فانتدب معه للكلام فقيه الشافعية بها وإمامهم عطاء المقدسي وقال :
ما استدل به الشيخ الإمام لا حجة له فيه من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الله سبحانه وتعالى قال : « كتب عليكم القصاص » فشرط المساواة في المجازاة
ولا مساواة بين المسلم والكافر فإن الكفر سخط منزلته ووضع مرتبته .

الثاني : أن الله سبحانه وتعالى ربط آخر الآية بأولها وجعل بيانها عند تمامها فقال « كتب
عليكم القصاص في القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأثني بالأثني » فإذا نقص العبد عن الحر بالرق
وهو من آثار الكفر فأحرى وأولى أن ينقص عنه الكافر .

الثالث : أن الله سبحانه وتعالى قال : « فن عفى له من أخيه شيء » ولا مؤاخاة بين المسلم
والكافر فدل على عدم وصوله في هذا القول . فقال الزوزني بل ذلك دليل صحيح وما اعترضت به
لا يلزم منه شيء . أما قوله أن الله تعالى شرط المساواة في المجازاة فكذلك أقول . وأما دعواك
أن المساواة بين الكافر والمسلم في القصاص غير معروفة فغير صحيح فإنهما متساويان في الحرمة
التي تكفي في القصاص . وهي حرمة الدم الثابتة على التأييد . فإن الذي يحقون الدم على التأييد
والمسلم يحقون الدم على التأييد وكلاهما قد صار من أهل دار الإسلام . والذي يحقق ذلك أن المسلم =

واعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمي قال : قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال : أنا أحق من وفي بعهد .

وروا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مؤمن بكافر » ، أى أنه أريد به الكافر الحربي دون الكافر المعاهد .

ومن طريق القياس فلأنهم اعتمدوا على إجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع إذا سرق من مال الذي . وقالوا إذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه .

وكذلك لو اجتمع عدد من المسلمين على قتل ذى قتلوا به .

٣- وقال مالك والليث بن سعد لا يقتل به إلا أن يقتله غيلة؛ وقتل الغيلة أن يضمجه فيلجحه لأخذ ماله ؛ فيقتل في الغيلة الحر بالعبد ، والمسلم بالكافر ؛ منعاً للفساد لا قصاصاً .

قتل الجماعة بالواحد :

١- قال جمهور الفقهاء تقتل الجماعة بالواحد ومنهم مالك وأبو حنيفة

يقطع بسرقة مال الذي وهذا يدل على أن مال الذي قد ساوى مال المسلم فدل على مساواته لديه إذا المال إنما يحرم بجرمة ماله .

وأما قولك إن الله تعالى ربط آخر الآية بأولها فغير مسلم فإن أول الآية عام وآخرها خاص . وخصوص آخرها لا يمنع من عموم أولها بل يجري كل على حكمه من عموم أو خصوص . وأما قولك إن الحر لا يقتل بالعبد فلا أسلم بل يقتل به عندى قصاصاً فتعلقت بدوى لا تصح لك .

وأما قولك « فن عفى له من أخيه شيء » يعنى المسلم فكذلك أقول ولكن هذا خصوص في العفو فلا يمنع من عموم ورود القصاص فإنهما قضيتان متباينتان فعموم إحداها لا يمنع من خصوص الأخرى ولا خصوص هذه يناقض عموم تلك وجرت في ذلك مناظرة عظيمة حصلنا منها فوائد جمة أثبتناها في نزهة الناظر .

وانظر ص ٣٤٧ الخلى « وإن قتل مسلم عاقل بالغ ذمياً أو مستأئناً عمداً أو خطأ فلا قود عليه ولا دية ولا كفارة ولكن يؤدب في العمد خاصة ويسجن حتى يتوب كفاً لضرره » .

والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى أنه قال : « لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعاً » . وعمدة قولهم النظر إلى المصلحة فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل لقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب » . وإذا كان كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتدفع الناس إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة .

٢ - وقال داود وأهل الظاهر : لا تقتل الجماعة بالواحد ، وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر . وعمدة قولهم قوله تعالى : « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين » ^(١) .

قتل الرجل بالمرأة :

اختلف الفقهاء في تفصيل ذلك : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر وابن شبرمة - لا قصاص بين الرجال والنساء إلا في الأنفس . وروى عن ابن شبرمة رواية أخرى وهي أن بينهم قصاصاً فيما دون النفس .

وقال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والليث والأوزاعي والشافعي : القصاص واقع فيما بين الرجال والنساء في الأنفس وما دونها . إلا أن الليث قال : إذا جنى الرجل على امرأته عقلها ولم يقتص منه . وقال عثمان البتي : إذا قتلت امرأة رجلاً قتلت به وأخذ من مالها نصف الدية ، وكذلك إن إصابته بجراحة . وإن كان هو الذي قتلها أو جرحها فعليه القود ولا يرد عليه شيء . وروى عن القدماء خلاف ذلك .

(١) انظر ص ٣٣٤ جزء ٢ بداية المجتهد .

واختلف عن علي عليه السلام فيها، فروى ليث عن الحكم عن علي وعبدالله قالا : إذا قتل الرجل المرأة متعمداً فهو بالقيود .

وروى عن عطاء والشعبي والحسن البصري أن علياً قال : إن شاءوا قتلوه وأدوا نصف الدية وإن شاءوا أخذوا نصف دية الرجل . وروى أشعث عن الحسن في امرأة قتلت رجلاً عمداً قال : تقتل وترد نصف الدية^(١).

الركن الثاني : وقوع فعل عمدي مع الجاني مع شأته اموات الموت

أى أنه يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين الفعل المسند إلى الجاني وبين الموت الذي حدث على أثره .

ويتعين أن نتكلم عن أمرين :

١ - الفعل العمدي .

٢ - الرابطة بين هذا الفعل وبين الموت .

الفعل العمدي :

كل فعل من شأنه موت المجنى عليه عمداً يوجب العقوبة، والأفعال التي من هذا القبيل متعددة .

١ - أن يقصد القتل بمحيد له حد أو طعن كالسيف والسكين والرمح والأشفار والإبرة وما أشبه ذلك ، أو ما يعمل عمل هذه الأشياء في الجرح

(١) انظر ص ١٣٩ الجصاص جزء ١ « قال أبو بكر الجصاص : ما روى عن علي من القولين في ذلك مرسل لأن أحداً من رواه لم يسمع من علي شيئاً ولو ثبتت الروايتان كان سيئهما أن تتعارضاً وتسقطاً فكانه لم يرد عنه في ذلك شيء وعلى أن رواية الحكم في إيجاب القيود دون المال أولى لموافقها لظاهر الكتاب وهو قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتل » وسائر الآيات الموجبة للقيود ليس في شيء منها ذكر الدية وهو غير جائز أن يزيد في النقص إلا بنقص مثله لأن الزيادة في النقص توجب النسخ » .

انظر ص ٢٣٥ جزء ٢ بداية المجتهد . « وفي رواية عن القاضي أبي الوليد الباجي في المنتقى عن الحسن البصري أنه لا يقتل الذكر بالأنثى وحكاه الخطابي في معالم السنن وهو رأى شاذ » .

والطعن كالنار والزجاج وليطة القصب والرمح الذى لا سنان له ونحو ذلك وكذلك الآلة المتخذة من النحاس . وكذلك القتل بحديد لا حد له كالعمود وصنجة الميزان وظهر الفأس والمرو ونحو ذلك . أو ما كان فى معنى الحديد كالصفر والنحاس والآتلك والرصاص والذهب والفضة .

وقد ورد ذلك فى ظاهر الرواية عن محمد بن الحسن .

وروى الطحاوى عن أبي حنيفة أنه ليس بعمد .

فعلى ظاهر الرواية العبرة بالحديد نفسه سواء جرح أو لا . وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديداً كان أو غيره^(١).

٢- أن يحرق رجل رجلاً بالنار - فعليه القصاص لأن النار تعمل عمل السلاح فى تفريق أجزاء الجسم والتأثير عليه فى الظاهر والباطن .

٣- أن يغرق رجل رجلاً فى ماء فيموت نتيجة لذلك . فعلى قول أبي يوسف ومحمد يجب عليه القصاص وهو قول المالكية اعتماداً على قول النبي صلى الله عليه وسلم « من غرق غرقناه ومن حرق حرقناه » .

وفى رأى أبي حنيفة أنه لا يجب بذلك القصاص؛ وقال إن هذا لا يثبت

(١) انظر ص ٩٣ المبسوط جزء ٢٦ « فاذا اشترك الرجلان فى قتل رجل أحدهما بعصا والآخر بحديدة فلا قصاص على واحد منهما هكذا نقل عن إبراهيم النخعي وهذا لأن القتل بالعصا لا يصلح أن يكون موجباً للقصاص لأن القصد به التأديب والآلة آلة التأديب فهو بمنزلة فعل الخاطئ . والخاطئ والعائد إذا اشتركا فى القتل لم يجب القصاص عليهما لأنه اختلط الموجب بنفي الموجب فى المحل . فقد انزهت الروح عقيب فعلين أحدهما ليس بسبب لوجوب العقوبة ولا يدرى أنه بأى الفعلين أزهق الروح فيمكن الشبهة من هذا الوجه . فالقصاص عقوبة تندرى بالشبهات وبعد سقوط القصاص يجب المال فيتوزع عليهما مناصفة وليس أحدهما بإضافة القتل إليه بأولى من الآخر ولا يقال ينبغي أن يضاف القتل إلى فعل من استعمل السلاح فيه لأن السلاح آلة للقتل دون العصا . والليطة بالكسر قشر القصبه .

العمد فى الجواهر : ما قصد فيه اتلاف النفس وكان ما يقتل غالباً من محدد أو مثقل أو إصابة المقاتل كعصر الأنثيين أو شده وضغطه أو يهدم عليه بنياناً أو يصصره ويجرح برجله على غير اللعب أو يفرقه أو يحرقه أو يمنعه من الطعام والشراب .

بلنك، وإنما هذا كلام زياد ذكره في خطبه، ألا ترى أنه قال فيه : ومن قتل عبده قتلناه . وبالإجماع ^(١) من قتل عبده لا يقتل ، ثم إن الماء ليس في معنى السلاح . فالغريق يجتذب الماء بنفسه فيكون كالمعين على نفسه فيكون ذلك شبهة في إسقاط القود ^(٢) .

٤ - وإن خنق رجلا فمات ، أو طرحه في بئر ، أو ألقيه على ظهر جبل أو سطح جبل فمات - فعند الصاحبين يجب القصاص طالما كان يعلم أنه لا يعيش بهذا الفعل ^(٣) .

وعند أبي حنيفة لا قصاص في ذلك ^(٤) .

٥ - ولو سقى رجلا سما زعافاً فمات فعليه القصاص عند الصاحبين فقط

(١) قال بالإجماع مع أنه سبق في ذلك الخلاف . أو ألقيه في النار ثم أخرجه وبه رمق فكث أياماً ولم يزل صاحب فرائض حتى مات قتل وإن كان يحى ويذهب ثم مات لم يقتل كذا في فتاوى قاضيخان .

ولو قط رجلاً ثم أغل له ماء في قدر فضمة حتى إذا صار كأنه نار ألقيه في الماء فسلخ ساعة لقاء فمات قتل به . وإن كان الماء حاراً لا يغل غلياناً شديداً فألقاه فيه ثم سكت ساعة ثم مات وقد تنفط جسده أى صار به نقطة أو لضجة الماء قتل به وإلا فلا .

وانظر الفتاوى الهندية ص ٦ جزء ٦ . وانظر ص ١٠١ جزء ٦ الزيلعي .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة جزء ٨ القرافي . « وفي الكتاب إن طرحه في نهر ولا يعلم أنه يحسن الموم هل وجه المداوة قتل أو على غير ذلك ففيه الدية » . ولو ألقى رجلاً في ماء بارد في يوم الشتاء فكز وييس ساعة ألقيه فعليه الدية وكذلك لو جرده فجعله في سطح في يوم شديد البرد ولم يزل كذلك حتى مات من البرد وكذلك لو قطه وجعله في الثلج كذا في الظهيرية . ولو أن رجلاً قط رجلاً أو صبباً ثم وضعه في الشمس فلم يتخلص حتى مات من الشمس فعليه الدية كذا في خزائن المنين . انظر ص ٦ جزء ٦ الفتاوى الهندية .

(٣) انظر ص ١١٠ مثلا خسرو جزء ٢ « إن طرحه في بئر فمات جوعاً أو غماً بفهم اللين : الكربة والمراد هنا الاختناق من هواء البئر وعند أبي يوسف إن مات غماً يجب الضمان لأن الغم بسبب الوقوع » .

(٤) انظر ص ٣٧٠ ابن عابدين جزء ٥ « ولو قيده بجبل ثم ألقى به في قدر فيه ماء مغلي فمات من ساعته أو فيه ماء حار فأنضج جسده ومكث ساعة فمات قتل به » .

وهو رأى المالكية^(١) وعند أبي حنيفة لا قصاص عليه لأن الشارب مختار في شربه فيكون قاتلاً نفسه ، ومن أعطاه غره حين لم يخبره بما فيه من السم ولكن بالغرور لا يجب عليه ضمان النفس . ولا يلزم في هذا إلا التعزير^(٢) .

ورد في حاشية الشلبي على الزيلعي :

« ولو سقاه سماً حتى مات فهذا على وجهين :

١- إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويحبس ويعزر ، وإن أوجره إيجاراً تجب الدية على عاقلته .

٢- وإن دفع إليه السم في شربه فشرّب ومات لا تجب الدية لأنه شرب باختياره إلا أن اللدغ خدعه فلا يجب إلا التعزير والاستغفار^(٣) .

٦- وإن حبس رجلاً ومنع عنه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها من غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القصاص^(٤) .

٧- وإن أكره رجل رجلاً على قتل رجل بغير حق فقتله وجب القصاص على المكره لأنه تسبب إلى قتله ، وأما المكره ففيه قولان :

(أ) أحدهما أنه لا يجب عليه القصاص لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقضه فقتله ، للدفع عن نفسه .

(ب) والثاني أنه يجب عليه القود لأنه قتله ظلماً لاستبقاء نفسه . . .

وإن أمر الإمام بقتل رجل بغير حق فإن كان المأمور لا يعلم أن

(١) انظر ص ٢٣٣ المدونة جزء ١٦ « قلت رأيت من سقى رجلاً سماً فقتله أهتدل به قال نعم يقتل به عند مالك » ، ٢١٧ حاشية الدسوقي جزء ٤ ، وانظر الدخيرة جزء ٨ ص ٣٩٣ . وانظر ص ٢٨ المهمل لابن حزم جزء ١١ « وقد عرض أبو محمد بن حزم الآراء المختلفة في هذا الموضوع بأسانيدھا في كل مذهب ومن رآه أن من أطعم آخر سماً فمات منه أنه لا قود عليه ولا دية عليه ولا على عاقلته لأنه لم يباشر فيه شيئاً أصلاً بل الميت هو المباشر على نفسه . وأما إن أكرهه على الأكل وأوجره أو أمر من يوجره فهو قاتل بلا شك ومباشر لقتله وعليه القود » .

(٢) انظر ص ٣٧٩ جزء ٥ ابن عابدين وانظر ص ١٠٣ المبسوط جزء ٢٦ .

(٣) انظر ص ١٠١ الزيلعي جزء ٦ .

(٤) انظر ص ١٧٦ المذهب جزء ٢ .

قتله بغير حق وجب القصاص على الإمام لأن المأمور معذور في قتله، لأن الظاهر أن الإمام لا يأمر إلا بالحق . وإن كان يعلم أنه يقتله بغير حق وجب القصاص على المأمور لأنه لا يجوز طاعته في المعصية . والدليل على ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » .

وقد روى الشافعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أمركم بالولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه »^(١).

٨ - وإن شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن شهادتهما وجب القود على الشهود لما روى القاسم عن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما . وأغرهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل فوجب عليهما القود^(٢).

فلماذا لم تكن الوسائل من شأنها إحداث الموت فلا عقوبة :

جاء في ابن عابدين :

إن أقر أنه أهلك فلاناً بالدعاء أو بالسهم الباطنة أو بقراءة الأنفال فلا يلزمه شيء لأنه كذب محض يؤدي إلى ادعاء علم الغيب المنفي بقوله تعالى : « لا يعلم الغيب إلا الله » . ولم يوجد نص بإهلاكه بهذه الأشياء . وبالإقرار كان كاذباً لا يلزمه شيء .

ولو أقر أنه أهلك فلاناً بقراءة أسماء الله تعالى القهرية، اختلف المشايخ فيه

(١) انظر المرجع السابق ص ١٧٧ .

(٢) وعند الحنفية عليهما الدية في مالهما وقال الشافعي عليهما القصاص . وحجتهم في ذلك أن الشاهد سبب للقتل والسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر وهذا لأنه يعتبر في القصاص المساواة ولا مساواة بين السبب والمباشرة . انظر ص ٣٩٩ ابن عابدين جزء ٢ وانظر ص ٣٧٠ نفس المرجع « والقتل بالبندقية بالرصاص عمد لأنها من جنس الحديد فيقتض به » .

لوقوعها، والأصح أنه لا يلزمه شيء لأن الشرع لم يجعله من آلة القتل وسببه^(١).

٢ - رابطة السببية بين الفعل والموت :

يلزم أن يكون بين الفعل المرتكب والموت الذي حدث رابطة سببية، أي أن يكون الفعل هو السبب المباشر الذي أدى للوفاة، فإن كان الأمر ليس كذلك فلا يجب القصاص .

ورد في المهذب^(٢).

« وإن ألقاه في ماء يمكنه التخلص منه فالتقمة حوت لا يجب القصاص لأن الذي فعله لا يقتل غالباً » .

وورد في ابن عابدين^(٣).

في التتار خانية : شق بطنه وأخرج أمعائه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف

(١) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ : إذا تمعد ذلك وعلم منه وتكرر يقتص منه هند المالكية .

(٢) انظر ص ١٧٦ جزء ٢ المهذب وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ثم اختلفا فقال الضارب ما أسقطت من ضرب وقال المرأة أسقطت من ضربك نظرت فإن كان الإسقاط عقيب الضرب فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن كان الإسقاط بعد مدة نظرت فإن بقيت المرأة متألمة إلى أن أسقطت فالقول قولها لأن الظاهر معها وإن لم تكن متألمة فالقول قوله لأنه يحتمل ما يدعيه كل واحد منهما والأصل براءة الذمة وإن اختلفا في التألم فالقول قول الجاني لأن الأصل عدم التألم وإن ضربها فأسقطت جنيناً حياً ومات ؟ واختلفا ، فقالت المرأة مات من ضربك وقال الضارب مات بسبب آخر فإن مات عقيب الإسقاط فالقول قولها لأن الظاهر معها وأنه مات من الجناية وإن مات بعد مدة ولم تبق البينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قول الضارب على يمينته لأنه يحتمل ما يدعيه والأصل براءة الذمة . وإن أقامت بينة أنه بقي متألماً إلى أن مات فالقول قولها مع الإيتم لأن الظاهر أنه مات من جنايته . (ص ٢١٦ المهذب جزء ٢) .

(٣) انظر ص ٣٨١ ابن عابدين جزء ٥ .

« ومن جرح رجلاً عمداً فصار ذا فراش ومات يقتص منه إلا إذا وجد ما يقطعه كحز الرقبة لأن الموت متى وجد عقب سبب صالح يضاف إليه لا إلى شيء آخر » .

وانظر ص ٢١٥ المهذب جزء ٢ . « وإن قطع يد رجل ومات ثم اختلف الولي والجاني فقال الجاني شرب سماً أو جنى عليه آخر بعد جنائبي فلا يجب عليه إلا نصف الدية (الواجب بقطع اليد) » .

عمداً فالقاتل هو الثاني إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها بعد الشق يوماً أو بعض يوم . وإن كان بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت ، فالقاتل هو الأول فيقتصر بالعمد ونجب الدية بالخطأ .

ولعل الفرق بينه وبين من هو في النزاع أن النزاع غير متحقق فإن المريض قد يصل إلى حالة شبه النزاع ، بل قد يظن أنه قد مات ويفعل به كالموتى ثم يعيش بعده طويلاً بخلاف من شق بطنه وأخرجت أمعاؤه فإنه يتحقق موته لكن إذا كان فيه من الحياة ما يعيش معها يوماً فلأنها حياة شرعاً كما في الذبائح فلذا كان القاتل هو الثاني، وأما لو كان يضطرب اضطراب الموت من الشق فالحياة فيه غير معتبرة أصلاً فهو ميت حكماً فلذا كان القاتل هو الأول .

هل ترتكب جريمة القتل العمد بطريق سلبى :

فى الفقه الحديث :

اختلف رأى علماء الفقه الحديث فى هذا الأمر لأن النصوص التشريعية لا تشير إلى العقاب فيها .

فذهب الألمان إلى وجوب معاقبة المجرم بطريق السلب كالمجرم بطريق الإيجاب فى الحالات التى يقوم فيها على المجرم واجب قانونى أو تعاقدى بأداء عمل المصلحة ضحيته فيمتنع عنه . كحالة الوالدة التى تمتنع عن إرضاع طفلها رغبة فى التخلص منه بالموت . فإذا لم يكن على الشخص واجب يؤيده القانون فلا مسئولية عليه إذا امتنع مهما خالف مبادئ الإحسان أو المروءة أو التضحية لأن القانون لا يفرض على الناس شيئاً من ذلك .

وذهب أكثر الفرنسيين إلى أنه لا يمكن اعتبار من امتنع عن أداء واجبه بقصد وقوع جريمة مسئولاً عنها كمسئولية الذى ارتكبها بالفعل .

ولم ينص القانون الفرنسى إلا فى سنة ١٨٩٨ على عقاب حالة الامتناع عن تغذية الصبي القاصر عن خمس عشرة سنة بقصد إحداث موته فيموت . أما القضاء المصرى فقد تضاربت فى هذا الأمر أحكامه .

ويرى بعض الفقهاء المصريين وجوب العقاب متى كان على الممتنع واجب وكانت رابطة السببية قائمة بين الامتناع وحدث الموت^(١).

في الفقه الإسلامي :

من المتفق عليه بين فقهاء المسلمين أن الجريمة الإيجابية قد تقع بطريق السلب . فإذا وقعت على هذا الوجه استحق فاعلها العقوبة .

فمن حبس إنساناً ومنعه الطعام أو الشراب أو الدفء في الليالي الباردة حتى مات جوعاً أو عطشاً أو برداً فهو قاتل عمداً إن قصد بالمنع قتله . وهو رأى مالك والشافعي وأحمد والصاحبين^(٢).

ولا يرى أبو حنيفة ذلك ، فالهلاك حصل بالجوع والعطش والبرد ولم يحصل بالحبس ، والمثل الواضح لهذه الحالة نجده في الفرض الآتي :
جاء في حاشية الدسوقي :

« عن ابن عرفة ، ما ذكره ابن يونس » أنه من منع فضل مائه مسافراً عالماً بأنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه قتل به وإن لم يل قتله بيده فظاهره أنه يقتل به سواء قصد بمنعه قتله أو تعذيبه . فإن قلت : قد مر في باب الذكاة أن من منع شخصاً فضل طعام أو شراب حتى مات فإنه يلزمه الدية . قلت ما مر في الذكاة محمول على ما إذا منع تأولاً وما هنا غير متأول أخذاً من كلام ابن يونس^(٣) .

وجاء في المحلى لابن حزم :

من استسقى قوماً فلم يسقوه حتى مات يضمن ديته ؛ فعل ذلك عمر بن الخطاب . وقال في ذلك ابن حزم :

القول في هذا عندنا — وبالله التوفيق — هو أن الذين لم يسقوه إن كانوا

(١) انظر ص ٨٠ ، ٨١ الأستاذ الكبير على بدوي ، ٣١٤ المرحوم أحمد أمين .

(٢) انظر ص ٢١٥ الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ ، المهذب جزء ٢ ص ١٧٦ ،

المغنى جزء ٩ ص ٣٠٨ بدائع الصنائع جزء ٧ ص ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ .

يعلمون أنه لا ماء له ألبنة إلا عندهم ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت فهم قتلوه عمداً وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا ولا يسلخ في ذلك من لم يعلم بأمره ولا من لم يمكنه أن يسقيه ، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرّون أنه سيدرك الماء فهم قتلة خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلم الدية ولا بد .

وكذلك هذا القول في الجائع والعارى ولا فرق وكل ذلك عدوان وليس هذا كمن اتبعه سبع فلم يؤووه حتى أكله السبع لأن السبع هو القاتل له ولم يمت من جنائهم ولا ما تولد من جنائهم ولكن لو تركوه فأخذ السبع وهم قادرون على إنقاذه فهم قتلة عمد ، إذ لم يمت من شيء إلا من فعلهم ؛ وهذا كمن أدخلوه في بيت ومنعوه حتى مات ولا فرق ، وهذا كله وجه واحد^(١) .

واتجاه فقهاء الشريعة في القتل بالترك هو نفس الاتجاه الذي سار عليه أغلب شراح القوانين الوضعية الحديثة . أما قبل ذلك فقد كانت غالبية الشراح ترى أنه لا يمكن لإحداث الجريمة بالترك لأن الترك عدم ولا ينشأ عن العدم وجود .

وتمتاز الشريعة عن القوانين الوضعية بأنها عرفت هذه النظرية منذ أمد طويل بينما لم يتناقش فيها فقهاء الغرب إلا في القرن التاسع عشر^(٢) .

قتل المرأة لجنينها :

تنص المادة ٢٦١ من قانون العقوبات المصري على أن كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلاتها عليها سواء كان برضاها أم لا - يعاقب بالحبس .

وتنص المادة ٢٦٢ على أن المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها

(١) انظر ص ٥٢٢ المجلد جزء ١٠ لابن حزم .

(٢) انظر ص ٩٠ التشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ عبد القادر عودة الجزء الأول .

بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة — تعاقب بالحبس .

في الفقه الإسلامي :

أخبر حماد بن سلمة عن الحجاج عن عبدة الضبي أن امرأة كانت حبلى فذهبت تستنخل فألقت بولدها . فقال إبراهيم النخعي : عليها عتق رقبة ولزوجها عليها غرة : عبد أو أمة . وعن سفيان الثوري عن المغيرة بن مقسم عن إبراهيم النخعي أنه قال في امرأة شربت دواء فأسقطت قال : تعتق رقبة وتعطى أباه غرة .

وقال ابن حزم : إن هذه الآثار غاية في الصحة، إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها، وإن كان قد نفخ فيه الروح فلإن كانت لم تعد قتله فالغرة أيضاً على عاقلها والكفارة عليها، وإن كانت عمدت قتله فالتقود عليها أو الغرة في مالها ، فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالتقود على الجاني إن كان غيرها، وأما إن كانت هي فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره ^(١) .

الركن الثالث : القصد الجنائي

يعتبر القصد الجنائي في القتل العمد متوافراً متى كان الفاعل قد ارتكب الفعل أو الترك بنية إحداث الموت لغيره عالماً بأن هذا الفعل مميت . وجريمة القتل العمد تستلزم قانوناً توافر قصد جنائي خاص بها هو الذي يميزها من غيرها من جرائم الاعتداء على النفس — فلا يكفي لتوافر هذه الجريمة وجود القصد الجنائي العام الذي يتطلبه القانون في سائر الجرائم من علم بأن الأمر الذي

(١) انظر ص ٣١ المجلد لابن حزم جزء ١١ .

يأتيه الجاني أو يمتنع عنه محذور ، بل لا بد من أن يكون الجاني قد انتوى قتل المحبى عليه وإزهاق روحه .

ورد في الدرر الحكام لمنلا خسرو :

« فإن القصد فعل القلب لا يتوقف عليه ، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً ، فإن الآلة القاتلة غالباً هي المحدودة لأنها هي المعدة للقتل .
وأما الضرب بالحجر والخشب فن شبه العمد عند أبي حنيفة لأن في هذا الفعل معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصده إلى القتل ، لأن الآلة التي استعملها ليست بآلة القتل ، والعامل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته ، فاستعماله غير آلة القتل دليل على عدم قصده إليه فكان خطأ يشبه العمد »^(١) .

وورد في الذخيرة للقرافي المالكي :

« ومن العمد ما لا قود فيه كالمصارعين والمترامين على وجه اللعب أو يأخذ برجله على وجهه ففيه دية الخطأ على العاقلة أحماساً ، فإن تعمد هؤلاء القتل بذلك ففيه القصاص »^(٢) .
فالقصد الجنائي هو الذى يحدد لنا طبيعة الجريمة ، فإن ضربه بآلة ينتج منها القتل غالباً فهو قتل عمد .
وأما إن ضربه بآلة لا تؤدي إلى القتل في غالب الأحوال فهو قتل شبه عمد .

(١) انظر ص ٨٨ جزء ٢ الدور الحكام ، ص ٩٠ .

(٢) انظر ص ٣٨٧ الذخيرة للقرافي جزء ٨ .

انظر ص ٢١٥ الدسوق جزء ٤ « إن قصد زيداً أى قصد قتل شخص ممتدداً أنه زيد فتبين أنه عمرو أو ممتدداً أنه زيد بن عمرو فتبين أنه زيد بن بكر ولزوم القود فيهما هو الصحيح وبه جزم ابن عرفة أولاً » .

وانظر ص ٢٧٤ جزء ٧ البدائع « رجل أخذ بيد إنسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فأت فلا شيء عليه لأن الأخذ غير متعمد في الأخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة » .

فإن لم يقصد قتلاً ولا ضرباً كمن يأخذ بيد إنسان ليصافحه فجلب يده من يده فانتقلب فمات فلا شيء إطلاقاً^(١).

ما يجب في القتل العمد :

اختلف الفقهاء في موجب القتل العمد :

١ - قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والثوري وابن شرملة والحسن ابن صالح : ليس للولي إلا القصاص ولا يأخذ الدية إلا برضى القاتل .

٢ - وقال الأوزاعي والليث والشافعي : الولي بالخيار بين أخذ القصاص والدية وإن لم يرض القاتل ، وقال الشافعي فإن عفا المفلس عن القصاص جاز ولم يكن لأهل الوصايا والدين منعه لأن المال لا يملك بالعمد إلا بمشيئة المحيي عليه إذا كان حياً أو بمشيئة ورثته إن كان ميتاً .

وقال الشافعي في القتل العمد الكفارة أيضاً ، وخالفه في ذلك الفقهاء^(٢).

القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد :

في الفقه الوضعي :

شدد المشرع العقوبة على كل من قتل نفساً عمداً مع سبق الإصرار ، أو الترصد فجعل العقوبة الإعدام .

وسبق الإصرار هو القصد المصمم عليه قبل الفعل لارتكاب الجريمة .

(١) انظر ص ٢٧٤ بدائع الصنائع جزء ٧ وانظر ص ٢٣٤ البدائع جزء ٧ .

« روايته عن أبي حنيفة أن القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لأن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له قصوره بغير ما أعد له دليل عدم القصد والمثقل وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد فيتمكن في العمدية شبهة السد بخلاف القتل بحديد لا حد له لأن الحديد آلة معدة للقتل قال تامل « وأزلنا الحديد فيه بأس شديد » . والقتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتبعض عمداً » .

(٢) انظر ص ٢٩٨ جزء ٢ أحكام القرآن للجصاص .

أما الترصد فهو أن يتربص الإنسان لشخص في جهة أو جهات كثيرة مدة من الزمن - طويلة كانت أو قصيرة - ليتوصل إلى قتله أو إيداعه .

في الفقه الإسلامي :

نلاحظ أن الفقه الإسلامي قد استرعا هذا الأمر فرأى أن القاتل قد يكون عاتياً ظالماً ويظهر قصده واضحاً جلياً خبيثاً فسموا القتل - قتل الغيلة - وهو أن يضجعه فيلجحه أو يقتله على أى وجه لأخذ ماله .

وفرضوا لذلك عقوبة خاصة أشد من العقوبة العامة للقتل، وهي أنه ليس لولى المقتول أن يعفو عن القاتل غيلة وأن ذلك القاتل يترك إلى السلطان ينفذ فيه ما يشاء من عقوبة ، وهو رأى المالكية^(١) .

كما قال مالك والليث لا يقتل المؤمن بالكافر إلا أن يقتله غيلة .

وضرورة توفر القصد الجنائي يؤدي بنا للكلام في القتل شبه العمد . والقتل الخطأ .

القتل شبه العمد

القتل شبه العمد في الفقه الإسلامي يساوى الضرب المفضى إلى الموت في الفقه الغربي، فالعمد في القتل هو التوجه إليه بإرادة إحداثه، ولا يعد القتل عمداً إذا انتفت هذه النية مهما كانت درجة احتمال حدوثه ، بل يعتبر الفعل ضرباً أو جرحاً أفضى إلى الموت ، فنية القتل هي الفارق الوحيد بين القتل عمداً والضرب المفضى إلى الموت^(٢) .

وقد قال به جمهور الفقهاء كما قال به عمر بن الخطاب وعلى عثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الأشعري والمغيرة .

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جزء ٤ ، وانظر بداية المجهت

جزء ٢ ص ٣٣٤ ، وانظر ص ٢٩٩ الأم للشافعي جزء ٧ .

(٢) انظر المحاماة ص ٩ عدد ١٨٤ ص ٣٤٧ .

أما مالك فلا يقول بشبه العمد ، فالقتل عنده عمد أو خطأ وهو رأى
الليث بن سعد وابن حزم^(١) .

قال سمنون : قلت لابن القاسم هل كان مالك يعرف شبه العمد في
الجراحات أو قتل النفس ؟ قال : قال مالك : شبه العمد باطل وإنما هو عمد
أو خطأ ولا أعرف شبه العمد^(٢) .

معنى شبه العمد في رأى الفقهاء المسلمين :

١ - قال أبو حنيفة : كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه
ذلك فهو شبه العمد، فالقتل بالعصا والحجر صغيراً كان أو كبيراً، والتغريق
في الماء هو شبه عمد .

٢ - قال أبو يوسف ومحمد : شبه العمد ما لا يقتل مثله كاللطمه الواحدة
والضربة الواحدة بالسوط، ولوكرر ذلك حتى صار جملة مما يقتل، كان عمداً
وفيه القصاص .

٣ - قال الشافعى : شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل
أى ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل^(٣) .

وقد ورد في المبسوط :

« وأما شبه العمد فهو ما تعمد ضربه بالعصا أو السوط أو الحجر أو اليد
فلن في هذا الفعل معنيين - العمد باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب، ومعنى
الخطأ باعتبار انعدام القصد منه إلى القتل لأن الآلة التي استعملها آلة الضرب

(١) انظر ص ٢٧٩ أحكام القرآن للجصاص جزء ٢ . « قال الأوزاعى شبه العمد أن
يفضبه بعصا أو سوط ضربة واحدة فيموت فلن فنى بالعصا فمات مكانه فهو عمد يقتل به . وقال
الحسن بن صالح إذا ضربه بعصاً ثم قتله على مكانه من الضربة الثانية فعليه القصاص وإن زاد على
الثانية فلم يمت منها ثم مات بعدها فهو شبه عمد » .

(٢) انظر ص ١٠٦ المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٣٣٣ بداية المجتهد جزء ٢ .

للتأديب دون القتل، والعاقل إنما يقصد كل فعل بآلته، فاستعماله آلة التأديب دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان في ذلك خطأ أشبه العمد بصورة من حيث أنه كان قاصداً إلى الضرب وإلى ارتكاب ما هو محرم عليه . وشبه العمد ورد به الشرع على ما رواه النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا، وفيه مائة من الإبل أربعون منها خلفه في بطونها أولادها . والصحابة اتفقوا على شبه العمد حيث أوجبوا الدية فيه مغلظة مع اختلافهم في صفة التغليظ . وقال على رضي الله عنه : شبه العمد ، الضربة بالعصا والرمية بالحجر العظيم^(١) .

وورد في بدائع الصنائع :

« شبه العمد ثلاثة أنواع بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها يختلف فيه، أما المتفق عليه فهو أن يقصد القتل بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو لطمه ونحو ذلك مما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه إذا ضرب ضربة أو ضربتين ولم يوال الضربات .

وأما المختلف فيه فهو أن يضرب بالسوط الصغير ويوال الضربات إلى أن يموت، وهذا شبه عمد بلا خلاف بين أصحابنا . وعند الشافعي رحمه الله هو عمد وإن قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجراح ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها، فهو شبه عمد عند أبي حنيفة ، وعند صاحبين والشافعي هو عمد^(٢) .

وورد في المهذب :

« وإن شدد يديه ورجليه وطرحه في ساحل فزاد الماء وهلك، فإن كانت

(١) انظر ص ٦٥ المبسوط جزء ٢٦ ، وانظر ص ٢٧٩ جزء ٢ الجصاص . قال صل الله عليه وسلم يوم فتح مكة : ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه الدية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها .

(٢) انظر ص ٢٣٣ البدائع جزء ٧ وانظر ص ٩٣ الدرر الحكام جزء ٢ . « ولو كان جرحه إياه بنحو مسلة وهي بكسر الميم (إبرة كبيرة) لأنها ليست في معنى السلاح إلا أن يفرز الإبرة في مقتله أى في موضع يقتل بفرز الإبرة فيه فيحتل يجب القصاص » .

الزيادة معلومة الوجود كالمذ بالبحرة، فهو عمد محض ويجب به القصاص لأنه قصد تخريبه .

وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد ، فهو شبه عمد وتجب به الدية مغلظة .
وإن كان في موضع لا يزيد فيه الماء فزاد وهلك فيه، فهو خطأ محض ويجب فيه الدية مخففة .

وإن شد يديه ورجليه وطرحه في أرض مسبعة فقتله السبع ، فهو شبه عمد وتجب فيه الدية مغلظة .

وإن كان في أرض غير مسبعة فقتله السبع ، فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخفضة ^(١) .

فارق هام :

والفرق الجوهرى بين القتل العمد والقتل شبه العمد يظهر في الحكم ، فيجب بالقتل العمد القصاص ، بينما في شبه العمد لا يجب القصاص وإنما تجب الدية المغلظة . . والكفارة « على خلاف فيها » . . والحرمان من الميراث أو الوصية ^(٢) .

القتل الخطأ

إن تخلف قصد القتل نهائياً ومات المحبى عليه فالقتل خطأ .

في الفقه الوضعى :

نصت المادة ٢٣٨ «عقوبات مصرى» على أن من قتل نفساً خطأ أو تسبب في قتلها بغير قصد ولا تعمد بأن كان ذلك ناشئاً عن رعونة أو عن عدم

(١) انظر ص ١٩٢ المهذب جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٤١ جزء ١٠ المفنى .

وتجب الكفارة في شبه العمد ولم أعلم لأصحابنا فيه قولاً لكن مقتضى الدليل ما ذكرنا . ولأنه أجرى مجرى الخطأ في نفي القصاص وحمل المائلة دية وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية لثلاث يتخلو القاتل عن وجوب شيء أصلاً ولم يرد الشرع بهذا .

احتياط وتحرز أو عن إهمال وتفريط أو عن عدم انتباه وتوق أو علم مراعاة
واتباع اللوائح - يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه مصرى .

في الفقه الإسلامي :

ورد في الدرر الحكام لمن لا خسرو :

« وإما خطأ وهو . . . »

إما في القصد كرميه مسلماً ولو عبداً يظنه صيداً أو حريباً فإنه لم يخطئ
في الفعل حيث أصاب ما قصد رمية وإنما أخطأ في القصد - أى في الظن -
حيث ظن الآدى صيداً والمسلم حريباً^(١).

وإما في الفعل كرميه غرضاً فأصاب آدمياً فإنه أخطأ في الفعل لا القصد
فيكون معذوراً لاختلاف المحل، بخلاف ما إذا تعمد ضرب موضع من جسده
فأصاب موضعاً آخر منه فمات فيجب القصاص؛ إذ جميع البدن محل واحد فيما
يرجع إلى مقصوده فلا يعذر .

ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فمات، يقتص للأول لأنه
عمد وللثاني الدية على العاقلة لأنه خطأ^(٢).

ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله وبهذا قال الشافعي، وقال
أبو حنيفة لا تجب؛ لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة كقتل نساء
أهل الحرب وصبيانهم^(٣).

وإنما صار الخطأ في النوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح
فيحتمل في كل منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو الاجتماع بأن يرى آدمياً

(١) انظر ص ٢١٥ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير « فإذا قصد قتل شخص معتقداً أنه
زيد فتبين أنه عمرو أو معتقداً أنه زيد بن عمر وتبين أنه زيد بن بكر ففي ذلك القود لأنه قتل عمد »
(٢) انظر ص ٢٩٠ مثلاً خسرو ٢ ، ٦٦ المبسوط جزء ٢٦ ، البدائع جزء ٧ ص

٢٧٢ ، ٢٣٤ .

(٣) انظر ص ٣٩٠ جزء ٥ ابن عابدين .

يظنه صيداً فأصاب غيره من الناس»^(١).

القتل الذي هو في معنى الخطأ :

وقد تكلم في ذلك فقهاء الشريعة، وهو نوعان : نوع عن طريق المباشرة ونوع عن طريق التسبب .

النوع الأول : المباشرة :

كالتأثم ينقلب على إنسان فيقتله فهذا القتل في معنى الخطأ من كل وجه لوجوده من غير قصد، لأنه مات بثقله فترتب عليه أحكامه من وجوب الكفارة والدية وحرمان الميراث والوصية عند بعض الفقهاء .

وكذلك لو سقط إنسان من سطح على قاعد فقتله .

أما وجوب الدية فلوجود معنى الخطأ وهو عدم القصد . وأما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود القتل مباشرة لأنه مات بثقله سواء كان القاعد في الطريق العام أو في الملك الخاص .

وكذلك الراكب إذا كان يسير في الطريق العام فوطئت دابته رجلاً بيدها أو برجلها لوجود معنى الخطأ في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة والدابة آلة له فكان القتل الحاصل بثقلها مضافاً إلى الراكب فكان قتلاً مباشرة^(٢).

(١) انظر ص ٣٩ جزء ١٠ المغني .

(٢) انظر ص ٢٧٤ البدائع :

« رجلان مدا حبلاً حتى انقطع فسقط كل واحد منهما فإن سقطا على ظهرهما فاتا فلا ضمان فيه أصلاً لأن كل واحد منهما لم يمت من فعل صاحبه إذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط على قفاه علم أنه سقط بفعله نفسه وهو شدة فقد مات كل واحد منهما من فعل نفسه فلا ضمان على أحد وإن سقطا على وجهيهما فاتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر . لأنه لما خر على وجهه علم أنه مات من جذبه وإن سقط أحدهما على ظهره والآخر على وجهه فاتا جميعاً فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الآخر لأنه مات بفعله وهو جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لأنه مات من فعل نفسه ولو قطع قاطع الجبل فسقطا جميعاً فالضمان على القاطع لأنه تسبب في إتلافهما » . وانظر ص ١٤٧ من المسؤولية الجنائية للمؤلف .

النوع الثاني : القتل بالتسبب :

كجناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث شيئاً في الطريق ، وجناية السائق والقائد ، وجناية الناحس ، وجناية الحائط .

١ - جناية الحافر :

فالحفر إما أن يكون في غير الملك أصلاً أو كان في الملك .
فإن كان في غير الملك فينظر، فإن كان في غير الطريق بأن كان في المفازة فلا ضمان على الحافر لأن الحفر ليس بقتل حقيقة ، بل هو تسبب إلى القتل إلا أن التسبب قد يلحق بالقتل إذا كان المسبب متعمد في التسبب والمتسبب ههنا ليس بمتعمد لأن الحفر في المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فأنعدم القتل حقيقة وتقديراً فلا يجب الضمان .

وإن كان الحفر في الطريق العام فوقع فيها إنسان فمات فلا يخلو الأمر إنه إن مات بسبب الوقوع فالحافر يضمن الدية لأنه متعمد في الحفر .
وإن مات بسبب الجوع فقد اختلف الفقهاء .

قال أبو حنيفة لا يضمن . وقال محمد يضمن . وقال أبو يوسف إن مات غماً يضمن وإن مات جوعاً لا يضمن .

وإن كان الحفر في الملك، فإن كان في ملك غيره بأن حفر بئراً في دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها إنسان يضمن الحافر لأنه متعمد في التسبب . ولو قال صاحب الدار أنا أمرته بالحفر وأنكر أولياء الميت فالقياس أن لا يصدق صاحب الدار ، والقول قول الورثة ، وفي الاستحسان يصدق والقول قول الحافر .

وإن كان الحفر في ملك نفسه فلا ضمان عليه لأن الحفر مباح مطلوب له فلم يكن متعمداً في التسبب . وإن كان في فئاته يضمن لأن الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في الطريق .

وقال الفقهاء فيمن حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها

إنسان ومات: إنه إن كان الحفر بإذن السلطان لا يضمن وإن كان بغير إذنه يضمن وروى عن أبي يوسف أنه لا يضمن^(١).

ولو سقط ميزاب نصبه صاحب الدار إلى الطريق العام على إنسان فقتله ؛ فإن أصابه الطرف الداخل في الحائط لم يضمن لأنه في ذلك القدر متصرف في ملك نفسه فلم يكن متعدياً فيه . وإن أصابه الطرف الخارج إلى الطريق يضمن لأنه متعمد في إخراجه إلى الطريق . وإن أصابه الطرفان جميعاً يضمن النصف لأنه متعمد في النصف لا غير وإن كان لا يدري .

٢ - جناية السائق والقائد :

فإن ساق دابة في الطريق العام أو قادها فوطئت إنساناً بيدها أو برجلها أو كلمت أو صدمت أو خبطت^(٢) فهو ضامن لأن الأصل أن السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة العاقبة . فإذا حصل التلف بسببه ولم يوجد الشرط فوق تعدياً فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضموناً . سواء كان السائق أو القائد راجلاً أو راكباً . إلا أنه إذا كان راكباً فعليه الكفارة إذا وطئت دابته إنساناً بيدها أو برجلها ويحرم الميراث والوصية، وإن كان راجلاً لا كفارة عليه ، ولا يحرم الميراث والوصية لأن هذه الأحكام تتعلق بثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبب ، والمباشرة من الراكب لا من غيره^(٣).

٣ - جناية الناحس والضارب :

والدابة المضروبة أو المنخوسة إما أن يكون عليها راكب ، وإما أن لا يكون عليها راكب .
فإن كان عليها راكب . فلا يخلو إما أن يكون سائراً وإما أن يكون واقفاً .

(١) انظر ص ٢٧٨ بدائع الصنائع جزء ٧ .

(٢) كلمت : ضمت بمقدم أسنانها . وصدمت : ضربت بنفسها . خبطت : ضربت .

(٣) انظر ص ٢٨٠ بدائع الصنائع جزء ٧ .

والسير والوقوف إما أن يكون في موضع أذن له بذلك وإما أن يكون في موضع لم يؤذن له به . والناخس أو الضارب لا يخلو من أن يكون نخس أو ضرب بغير أمر الراكب أو بأمره . فإن فعل ذلك بغير أمر الراكب فنفتحت^(١) الدابة برجلها أو بذنبها أو نفرت فصدمت إنساناً فقتلته فإن فعلت شيئاً من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب يتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سواء كان الراكب واقفاً أو سائراً وسواء كان في سيره أو وقوفه فيما أذن له بالسير فيه والوقوف . أو فيما لم يؤذن بأن كان يسير في ملكه أو في الطريق العام أو في ملك الغير .

ذلك لأن الموت حصل بسبب النخس أو الضرب وهو متعمد في السبب فيضمن ما تولد منه كما لو دفع الدابة على غيره .
وروى عن سيدنا عمر أنه ضمن الناخس دون الراكب . وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنهما .

٤ - جناية الحائط :

إذا سقط الحائط المائل على رجل فقتله، فلا يخلو الحال : إن كان بنى سليماً فقال أو بنى مائلاً من الأصل .
فإن بنى سليماً فال فيلانه لا يخلو إما أن يكون إلى الطريق وإما أن يكون إلى ملك إنسان، فإن كان إلى الطريق لا يخلو من أن يكون نافذاً وهو طريق العامة أو غير نافذ وهي السكة التي ليست بنافذة، فإن كان نافذاً فسقط فعطب به شيء مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحائط إذا وجدت شرائط وجوبه .

وقد روى عن الشعبي وشريح وإبراهيم وغيرهم أنهم قالوا : إذا تقدم إليه في الحائط فلم يهلمه وجب عليه الضمان^(٢) .

(١) نفتحت بالحاء المهملة أى ضربت بحذ حافرها

(٢) انظر ص ٢٨٣ البدائع جزء ٧ .

والفرق الوحيد في قول الفقهاء بين النوعين : القتل بالمباشرة والقتل بالتسبب، هو أنه لا تجب في التسبب الكفارة ولا الحرمان من الميراث أو الوصية وإن وجبت فيه الدية .

وقد تبين لنا أن الفاصل بين القتل بالتسبب عند من يقول به وبين غيره من أنواع القتل الخطأ، أن علاقة السببية في القتل بالتسبب غير مباشرة بين فعل الجاني وبين القتل^(١). أما في النوع الآخر فإن العلاقة بين فعل الجاني وبين القتل تكون مباشرة .

وفي الواقع أن جميع الأحوال التي ذكرناها تندرج تحت القتل الخطأ كما هو معروف لدينا الآن في الفقه الوضعي .

أعمال الجراحة والتطبيب :

تستلزم أعمال الجراحة والتطبيب بطبيعتها المساس بجسم المريض كفتح خراج أو استئصال عضو لإزالة تشويه وما إلى ذلك، وقد تؤدي أعمال العلاج ذاتها إلى وفاة المريض، والمتفق عليه في هذه الأحوال في الفقه الوضعي أن الطبيب أو الجراح لا يسأل عن نتيجة عمله ما دام قد قصد به العلاج ولم يرتكب خطأ في عمله، فإذا ارتكب خطأ في عمله كان مسئولاً عن عدم احتياظه وإهماله^(٢).

في الفقه الإسلامي :

« ما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده، فيه روايتان : يضمن لأنه قتل خطأ ولا يضمن لأنه تولد عن فعل مباح كالإمام . وقال محمد بن حارث : إن فعل الجائر فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان . أو زاد على فعل الجائر ففعل غيره

(١) انظر ص ٩٠ التمييز للدكتور عبد العزيز عامر القاضي .

(٢) انظر ص ٤٤٩ من شرح قانون العقوبات المصري الجديد للدكتور السيد مصطفى السيد .

خطأً أو جاوزه أو قصر عن الجائز فترتب عليه هلاك ذلك ضمن . وما خرج عن هذا عليه الأصل فهو مردود إليه « (١) » .

المبحث الثاني

الضرب والجرح

في الفقه الغربي :

تشترك جريمتا الضرب والجرح عمداً في ركنيهما الأساسيين وهما الركن المادى والقصد الجنائى، ولكنها تختلف في جسامة النتيجة التى تترتب على الجرح أو الضرب، وقد جعل الشارع العقاب بحسب هذه النتيجة بقطع النظر عن كون الجنائى قصدها أو لم يقصدها، فإن أحدث الجرح أو الضرب موتاً كان جنابة الضرب المفضى للموت، وإن أحدث عاهة مستديمة كان جنابة بالمادة ٢٤٠ ع .

وإن لم يحدث إلا مرضاً أو عجزاً عن الأشغال الشخصية كان جنحة على حسب درجة المرض أو العجز .

الأركان المشتركة في جرائم الجرح والضرب عمداً :

١ - ركن مادى هو فعل الضرب أو الجرح .

٢ - ركن معنوى هو القصد الجنائى .

في الفقه الإسلامى :

إن أردنا أن نهج نهج الفقه الغربى في البحث نتكلم عن :

أولاً - الركن المادى :

الجرح ؛ يراد به كل قطع في الجسم أو تمزيق في الأنسجة ناشئ عن استعمال آلة حادة ويدخل في ذلك الرضوض والتسلخات والعض والكسر والحروق والجروح الداخلية .

(١) انظر ص ٣٦١ الاخيرة جزء ٨ للقرافى .

والضرب؛ يخلل فيه كل أثر يحدث بجسم الإنسان ناشئ عن استعمال أداة غير قاطعة، ويوجد الضرب ولو لم يترك وراءه أثراً ظاهراً من دم أو احتقان ويشمل أيضاً كل صور الصلم والجذب والعنف والضغط على الأعضاء والخنق (١).

ورد في المبسوط :

وفي الأنف الدية، والحاصل أن ما لا ثاني له في البدن من أعضاء أو معان مقصودة فإتلافها كإتلاف النفس في أنه يجب بها كمال الدية . والأعضاء الفردية ثلاثة . الأنف واللسان والذكر . وذلك يروى في حديث سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « في الأنف الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية » . وروى عن علي بن أبي طالب . وفي قطع الأنف تفويت جمال كامل ومنفعة كاملة وامتياز الآدمي بين سائر الحيوانات ، فتفويتها في معنى تفويت النفس، فكما تجب الدية بقطع جميع الأنف بحيث يقطع المارن لأن تفويت الجمال به يحصل ، وكذلك تفويت المنفعة ، وكذلك في اللسان الدية . وكذلك في قطع بعض اللسان إذا منع الكلام .

وإن كان بحيث يمنع بعض الكلام دون البعض فالجواب الظاهر أن فيه حكومة العدل، وقد قال البعض إن الدية تقسم على الحروف، فحصة ما يمكن أن يصححه من الحروف تسقط عنه، وحصة ما لا يمكن أن يصححه من الحروف تجب عليه، ولكن على هذا القول لا يعتبر في القسمة إلا الحروف التي تكون باللسان، فأما الهاء والحاء والعين لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة (٢).

وأما ما يكون زوجاً في البدن ففي قطعهما كمال الدية، وفي أحدهما نصف الدية . وأصل ذلك في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي

(١) وقد قضت محكمة النقض والإبرام المصرية بأن من حرش كلبه على شخص فعضه وأحدث به جرحاً يعاقب بالمادة ٢٤٢ ع .

(٢) انظر ص ٦٩ المبسوط جزء ٢٦ .

عليه السلام قال : في العينين الدية ، وفي إحداهما نصف الدية . وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية . وهكذا ، روى عن علي رضي الله عنه قال : الأعضاء التي هي أزواج في البدن : العينان والأذنان الشاحصتان والحاجبان والشفتان واليدان وتلدیا المرأة والأثنيان والرجلان .

وأما ما يكون أرباعاً في البدن فهو أشفار العينين يجب في كل شفر ربع الدية .

وأما ما يكون أعشاراً في البدن كالأصابع ، فإن قطع أصابع اليد يوجب كمال الدية لما فيها من تفويت المنفعة .

وأما ما يزيد على ذلك في البدن فهي الأسنان يجب في كل سن نصف عشر الدية . قال الرسول عليه الصلاة والسلام « في كل سن خمس من الإبل » (١) .

وجمع صاحب البدائع (٢) هذه الأمور في أربع مسائل :

١ - لبانة الأطراف وما يجري مجرى الأطراف كقطع اليد والرجل والأصبع والظفر والأنف واللسان والذكر والأثنيين والأذن والشفة وفقء العينين وقطع الأشفار والأجفان وقلع الأسنان وكسرها وحلق شعر الرأس واللحية والحاجبين والشارب .

٢ - تفويت السمع والبصر والشم والذوق والكلام والجماع والإيلاج والبطش والمشي وتغير لون السن إلى السواد والحمرة والخضرة ونحوها . وإزهاق العقل .

٣ - الشجاج « جمع شجة وهي الجراح التي تتكون في الرأس والوجه » وهي أنواع :

١ - الحارصة ، وهي التي تشق الجلد ولا يظهر منه الدم فهي التي تخرص الجلد أي تخامشه .

(١) انظر ص ٧٢ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٢٩٦ البدائع جزء ٧ .

- ٢ - الدامعة ، وهى التى يظهر منها الدم قدر اللحم ولا تسيله .
- ٣ - الدامية ، وهى التى يسيل منها الدم ، وقيل إن فيها بعيراً^(١).
- ٤ - الباضعة ، وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه ، وقيل إن فيها بعيرين .
- ٥ - المتلاحمة، وهى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه وهو رأى أبى يوسف . وقال محمد : المتلاحمة قبل الباضعة وهى التى يتلاحم منها الدم ويسود .
- وفى ظاهر الرواية ، المتلاحمة ما تعمل فى قطع أكثر اللحم فهى بعد الباضعة .
- وروى عن زيد بن ثابت أنه قال : فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة .
- ٦ - السمحاق ، وهى التى تقطع اللحم وتظهر الجلدة الرقيقة بين اللحم والعظم فتلك الجلدة تسمى سمحاقاً ، ومنه سمي العظم الرقيق سماحيق .
- وفى السمحاق أربعة من الأبعرة .
- ٧ - الموضحة ، وهى التى توضح العظم حتى يبدو ويظهر . وقد اختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد فقال مالك : لا تكون الموضحة إلا فى جهة الرأس والجهة والخلدين واللقى الأعلى ولا تكون فى اللقى الأسفل لأنه فى حكم العنق ولا فى الأنف .
- وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة : تكون الموضحة فى الجنب، وقال الأوزاعى : إذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس^(٢) والفقهاء على أن فيها - إذا كانت خطأ - خمساً من الإبل
-
- (١) كذا قال الزيلعى ثم قال : وذكر المرغنانى أن الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم وهو الصحيح .
- (٢) انظر ص ٣٥١ بداية المجتهد لابن رشد .

وإذا كانت عمداً ففيها القصاص^(١).

٨- الهاشمة ، وهى التى تكسر العظم وفيها عند الجمهور عشر الدية .
وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا يخالف له من الصحابة .

٩- المنقلة ، وهى التى يخرج منها العظم أو تجعل العظم كالمنقلة ، وهى كالخصى ، ولا خلاف أن فيها عشر الدية ونصف العشر إذا كانت خطأ .

١٠- الآمة ، وهى التى تظهر الجلدة بين العظم والدماغ وتسمى تلك الجلدة أم الرأس ولا خلاف أنه لا يقاد فيها وأن فيها ثلث الدية إلا ما حكى عن الزبير .

١١- الدامغة ، وهى التى تخرج الدماغ ولم يذكرها محمد لأن النفس لا تبقى فى الغالب بعدها ويكون ذلك قتلا لا شجعة .

ولا قود فى عظم إلا السن لقوله صلى الله عليه وسلم: لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص فى العظم إلا فى السن وهو المراد بالحديث .
وإن تفاوتاً فى الصغر والكبر لأنه لا يقتضى التفاوت فى المنفعة فتقلع سن الضارب إن قلعت من المضروب ؛ وتبرد أى تكسر بالبرد إن كسرت إلى أن يتساويا . وفى البزازية لا يقطع سن القالع ولكن يبرد إلى أن يصل إلى اللحم ويسقط ما سواه ، ولو نزع جاز ، والبرد احتياط لئلا يؤدي إلى إفساد اللحم^(٢) .

(١) انظر ص ١٠٠ جزء ٢ منلا خسرو .

« وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دونها شامل للدمحاق وفيه تسامح لما قال فى الجوهرة ذكر محمد فى الأصل وهو ظاهر الرواية أن ما قبل الموضحة فيه القصاص إلا فى السمحاق فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المماثلة لأنه لا يقدر أن يشق حتى ينتهى إلى جلده رقيقة فوق العظم وإنما خص ما دون الموضحة بالحكم احتراز عما فوقها كالحاشمة والمنقلة لأنه لا قصاص فيه إجماعاً .
ولا قصاص فى الشعر - أى شعر كان - كما فى قاضيهخان والمحيط . »

(٢) انظر ص ٩٦ جزء ٢ منلا خسرو .

٤ - والجراح نوعان :

١ - جائفة^(١) وهى التى تصل إلى الجوف، والمواضع التى تنفذ الجراحه منها إلى الجوف وهى الصدر والظهر والبطن والجنبان وما بين الأثنين والدبر ولا تكون فى اليدين والرجلين ولا فى الرقبة والحلق - جائفة، لأنه لا يصل إلى الجوف . وروى عن أبى يوسف أن ما وصل من الرقبة إلى الموضع الذى لو وصل إليه من الشراب قطرة يكون جائفة لأنه لا يقطر إلا إذا وصل إلى الجوف .

٢ - وغير جائفة ، وهى ما كانت خلاف ما ذكرناه^(٢) .
وطريق معرفة ذهاب السمع أن يترك الحنجى عليه حتى يغفل ثم ينادى فإن أجاب أو التفت علم أنه لم يذهب .
والذوق يمكن معرفته باشتغاله بإطعمه حنضلاً بعد حلو .
وقال قاضيهان : قال بعضهم إذا أخبر رجلان من أهل العلم أنه قد ذهب بصره يؤخذ بقولهما، وقال محمد بن مقاتل رضى الله عنه : يقام المضروب مستقبل الشمس مفتوح العين إن دمت عينه علم أن بصره قائم وإن لم تسمع علم أنه ذهب بصره . قلت : ويمكن اختباراه بإلقاء حية ميتة وبين يديه غفلة ونحوها^(٣) .

(١) انظر ص ٤٠٥ ابن عابدين جزء ٥ « قال البعض الجائفة تختفى بالجوف . جوف الرأس أو جوف البطن - فى الهداية - وعليه نذكرها مع الشجاج له وجه من حيث أنها قد تكون فى الرأس لكن نظر فيه الإلتقائى بما فى مختصر الكرخى من أنها لا تكون فى الرقبة ولا فى الحلق ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجنب وبما ذكره فى الأصل من أنها لا تكون فوق الذقن ولا تحت العانة » .

(٢) انظر ص ٤٠٦ ابن عابدين جزء ٥ « ولا قصاص فى جميع الشجاج إلا فى الموضحة عدداً واستثنى فى الشرىلية السحقا حيث قال إلا السحقا فإنه لا قصاص فيه إجماعاً لعدم المائلة لأنه لا يعتمد أن يشق حتى ينتهى إلى جلدة رقيقة فوق العظم . أقول لكنه مخالف لما ذكره عامة شراح الهداية وغيرهم فإنهم صرحوا بأن ظاهر الرواية وجوب القصاص فيها قبل الموضحة وهو سنة من الحارصة إلى السحقا .

(٣) انظر ص ١٠٧ جزء ٢ للشرىلية على من لا يخسر .

وقد روى عن محمد في الجراحات التي تندمل على وجه لا يبقى لها أثر
تجب حكومة العدل بقدر ما لحقه من الألم .

وعن أبي يوسف رحمه الله يرجع على الجاني بقدر ما احتاج إليه من
ثمن الدواء وأجرة الأطباء حتى اندملت .
وقال أبو حنيفة إنه لا يجب شيء لأنه لا قيمة لمجرد الألم^(١).

* * *

الضرب الذي لا يحدث أثراً :

ولا قود في لطمة ووكزة ووجأة . واللطم : ضرب الخد وصفحة الجسد
بالكف المفتوحة - والوكز : الدفع والضرب بجمع الكف - والوجأ : الضرب
باليده - وهذا لا ينافي وجوب التعزير^(٢).

وقد قال ابن تيمية في ذلك :

وأما القصاص في الضرب بيده أو بعصاه أو سوطه قبل أن يلطمه
أو يلكمه أو يضربه بعصا ونحو ذلك ، فقد قالت طائفة من العلماء لا قصاص
فيه ، بل فيه تعزير لأنه لا تمكن المساواة فيه .

والمأثور عن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة والتابعين أن
القصاص مشروع في ذلك، وهو نص الإمام أحمد وغيره من الفقهاء . وبذلك
جاءت السنة - وقال أبو فراس : خطب عمر بن الخطاب رضى الله عنه
فذكر حديثاً قال فيه : « ألا إنى والله ما أرسل عمالي إليكم ليضربوا أبشاركم

(١) انظر ص ٤٠٩ ابن عابدين جزء ٥ « قال صاحب المحبى في شرح هذه المسئلة عن
أبي يوسف روايتان حيث قال : وقال أبو يوسف عليه أرش الألم . وقال محمد عليه أجرة الطبيب
وثن الأديوية وهو رواية عن أبي يوسف زجراً للسفيه وجبراً للفسرر وإنما أوجب أبو يوسف
أرش الألم وأراد به حكومة العدل وهو أن يقوم عبداً صحيحاً ويقوم بهذا الألم . ثم قال فسر حكومة
العدل عند أبي يوسف بأجرة الطبيب . وهكذا رأيه في غير موضع . أنه أراد أجرة الطبيب وثن
الأديوية . وقال القدورى إن أجرة الطبيب قول محمد . وانظر ص ٨١ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) انظر ص ٤٠٧ ابن عابدين جزء ٥ .

ولا ليأخذوا أموالكم . ولكن أرسلهم إليكم ليعلموكم دينكم وسننكم فن فعل فيه سوى ذلك فليرفعه إلى فوالذى نفسى بيده إذا لأقصنه منه . فوثب عمرو ابن العاص فقال : يا أمير المؤمنين إن كان رجل من المسلمين على رعية فأدب رعيته أثلك لتقصنه منه ؟ قال إى والذى نفسى بيده لأقصن منه « كيف » لا أقص - وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه . ألا لا تضربوا المسلمين فتذلهم ولا تمنعهم حقوقهم فتكفروهم ، رواه الإمام أحمد وغيره .

وهذا إذا ضرب الوالى رعيته ضرباً غير جائز . فأما الضرب المشروع فلا قصاص فيه بالإجماع ، إذ هو واجب أو مستحب أو جائز (١) .

* * *

ويجب أن نعلم بأنه لا يقاد جرح إلا بعد برئه، وهى النظرية المعمول بها فى هذه الأيام، فالنيابة العامة لا تقدم القضية - المتهم فيها شخص بالتعدى على الآخر بالضرب الذى يحدث الأثر - للقاضى إلا بعد إرفاق ما يدل على شفاء المصاب (٢) .

ورد فى نيل الأوطار للشوكانى :

عن جابر أن رجلاً جرح فأراد أن يستقيد فنهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يستقيد من الجراح حتى يبرأ المجرع . رواه الدار قطنى (٣) . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن فى ركبته فجاء إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أقتلنى فقال : حتى تبرأ، ثم جاء إليه فقال : أقتلنى فأقاده، ثم جاء إليه فقال يا رسول الله عرجت، قال قد نهيتك

(١) انظر ص ١٦١ السياسة الشرعية فى إصلاح الراعى والرعية لابن تيمية .

(٢) انظر ص ٣٤٢ بداية المجتهد جزء ٢ . خلافاً للشافعى . انظر ص ٣٨٥ جزء ٥ ابن عابدين - فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يمتنر ما يثول إليه أمر المجرع مخافة أن ينفى إلى إتلاف النفس .

(٣) انظر نيل الأوطار للشوكانى جزء ٧ ص ٢٧ .

فَعَصَيْتَنِي فَأَبْعَدَكَ اللَّهُ وَبَطَلَ عَرَجُكَ . ثُمَّ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْ جَرْحٍ حَتَّى يَبْرَأَ صَاحِبُهُ ، رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالدَّارِقُطْنِيُّ (١) .

الركن الثاني - القصد الجنائي :

نستطيع أن نقرر هنا - كقاعدة عامة - أن العمل غير المشروع الذي يصيب الجسم إن كان عمداً يجب على فاعله القصاص إن أمكن المائلة في الفعلين . وإن كان غير عمد تجب الدية أو الأرش بحسب الإصابة .

أما إن كان العمل غير المشروع الذي أصاب الجسم لا يمكن المائلة فيه في الفعلين - وهي أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى سواء كانت عمداً أو غير عمد - تجب فيها حكومة العدل، وهي نوع من التعويض متروك أمره للقاضي .

فإن توافر القصد الجنائي أى العمدية في مدار الضرب والجرح، يجب القصاص إن أمكن المائلة في الفعلين ، فإن لم يمكن المائلة تجب الحكومة .

وإن لم يتوافر القصد أى كان الفعل غير عمد، تجب الدية أو الأرش بحسب الحالة (٢) .

* * *

فإذا كان الشخص لا يقصد ضرباً ولا جرحاً فلا شيء عليه ؛ فإذا عض رجل ذراع رجل فجلد المعضوض ذراعه من فيه فسقطت أسنان العاض

(١) انظر أحكام القرآن للجصاص جزء ١ ص ١٦١ .

(٢) انظر ص ٤٩ مصادر الحق في الفقه الإسلامى للدكتور السبوري جزء ١ :

« ويخلص من ذلك أن حكومة العدل في المسئولية التقصيرية تعدل التعزير في المسئولية الجنائية سواء كان التعزير في حقوق الله أو في حقوق العبد . وذلك من حيث السلطة التقديرية الموكولة للقاضي . ويخلص من ذلك أيضاً أن حكومة العدل وهي أكثر مرونة من القصاص والدية والأرش تكاد تضع مبدأ عاماً في الفقه الإسلامى يقضى بأن العمل غير المشروع الذى يصيب الجسم فيما لا تمكن فيه المائلة - ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج وضروب الأذى - عمداً كان أو غير عمد يوجب التعويض بمقدار متروك للقاضي .

وذهب لحم ذراع المصاب، تهدر دية الأسنان ويضمن العاض أرش الذراع لأن العاض متعمد في العض والجاذب غير متعمد في الجاذب^(١).

الخطأ :

إن كان الضرب أو الجرح بغير عمد فهو خطأ ويترتب عليه حكومة العدل بحسب ما يرى القاضي .

ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

إن كان الضرب على وجه اللعاب فهو خطأ على قول ابن القاسم . وإن كان الضرب للتأديب والغضب فالمشهور أنه عمد ويقتصر منه^(٢).

شبه العمد :

وليس في الضرب والجرح شبه عمد لأنه لا يختص بآلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس^(٣).

المبحث الثالث

الإثبات في القتل

تثبت جريمة القتل بثلاثة طرق :

١ - الإقرار .

٢ - البيّنة .

٣ - القسامة .

أولاً - الإقرار :

إن أقر شخص بأنه قتل شخصاً عمداً وجب عليه القصاص . ويقول بعض الفقهاء إنه يكفي الإقرار مرة واحدة .

(١) انظر ص ٢٧٤ البدائع جزء ٧ .

(٢) انظر ص ٢١٥ جزء ٤ حاشية الدسوقي .

(٣) انظر ص ٣٧١ جزء ٥ ابن عابدين .

وقال آخرون إنه يشترط تكرار الإقرار مرتين .

ويلزم في المقر أن يكون بالغاً مختاراً عاقلاً، وفي كونه حراً خلاف فالبعض يشترط الحرية ويرى آخرون أن يقاد العبد إن أقر بقتل عمد لأنه غير متهم فيه فيقتل، ولأنه يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح لإقرار المولى عليه بالحدود والقصاص . أما لو أقر بقتل خطأ لم ينفذ لإقراره على مولاه لأن موجب دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء (١).

وقد قال ابن وهب : أخبرني من أثنى به قال : سمعت رجلاً من أهم العلم يقولون : نصت السنة على أنه لا يجوز اعتراف المملوك على نفسه بشيء إذا أدخل على سيده غمماً حتى تقوم بينة مع قوله إلا الحد يلفظه ثم يقر به فإنه يؤخذ به ويقام عليه . واعترافه بالشيء يعاقب به في جسده من قود أو قطع أو قتل في قول مالك (٢).

الإقرار بالقتل الخطأ :

لو أقر رجل بقتل خطأ أو شبه عمد كانت الدية عليه في ماله خاصة لأن العاقلة لا تعقل ما يجب بالاعتراف (٣).

جاء في المدونة الكبرى :

« قلت أرأيت إن أقر الرجل بالقتل خطأ أتجعل في ماله في قول مالك أم على العاقلة ؟ قال سألت مالكا عن الرجل يقر بالقتل خطأ فقال لي مالك : أرى أن ينظر في ذلك، فإن كان الذي أقر له ممن يهتم أن يكون إنما أراد غنى ولده مثل الأخ والصديق، لم أر أن يقبل قوله . وإن كان الذي أقر بقتله من

(١) انظر ص ٣٩٠ المرجع السابق .

(٢) انظر ص ١٧٤ المدونة الكبرى جزء ١٦ .

(٣) انظر ص ٣٢٣ تكملة فتح القدير جزء ٨ .

الأبعاد ممن لا يهتم فيه، رأيت أن يقبل قوله إذا كان ثقة مأموناً ولم يخف أن يكون أرشى على ذلك ليحاجي به أحداً^(١).

ثانياً - البينة :

إذا شهد رجلان على رجل أنه ضرب رجلاً بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص .

قال إبراهيم النخعي : وهذا لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة^(٢).

وتقبل شهادة النساء مع الرجال في القتل الخطأ والقتل الذي لا يوجب القود ، وكذا الشهادة على الشهادة ، وكتاب القاضي إلى القاضي^(٣).

ولو شهد عليه شاهد عدل بقتل يحبس المتهم احتياطياً حتى يجيء شاهد آخر وإلا يطلق سراحه .

ولو شهد عليه شاهدان بقتل يحبس المتهم احتياطياً حتى تظهر عدالة الشهود . وكذا في القتل الخطأ^(٤).

ولا ينبغي للقاضي أن يسأل الشهود أنه مات من ضربه أم لا . وكذلك إذا شهدوا أنه ضرب بالسيف حتى مات وإن لم يدكروا العمد لأن العمد هو قصد القلب وهو أمر باطني غير ظاهر ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بآلة قاتلة عادة — أما إن شهدوا بأنه قتله عمداً وأنه مات أثر ذلك فلا بأس^(٥). ولا تقبل الشهادة إن اختلف الشاهدان في المكان المتباعد . أما إن كان

(١) انظر ص ٢٠٦ جزء ١٦ المدونة الكبرى .

(٢) انظر ص ١٦٧ المبسوط جزء ٢٦ .

وانظر ص ٤١ المتن جزء ١٠ : روى عن أبي عبيدة رواية أخرى أنه لا يقبل في الشهادة على القتل إلا شهادة أربعة وهذا مذهب الحسن لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم يقبل أقل من أربعة كالشهادة على الزنا من المحسن ، وانظر ص ٩٣ الدور الحكام .

(٣) انظر ص ١٠٥ المبسوط جزء ٢٦ .

(٤) انظر ص ٣٩٧ ابن عابدين جزء ٥ .

(٥) انظر ص ٣٩٨ المرجع السابق .

المكان متقارباً فتقبل ، كما لو شهد أحدهما أنه رآه يقتله في هذا الجانب وشهد الآخر أنه رآه يقتله في هذا الجانب .

كما أنها لا تقبل إن اختلف الشاهدان في الزمان أو في الآلة التي قتل بها كما إذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر قتله بالسيف^(١) . فإن كل فريق شهد بقتل آخر والقتل لا يتكرر في الحالة الواحدة فيتعين كذب أحد الشاهدين .

وكذلك لو قال أحدهما قتله عمداً وقال الآخر قتله خطأ فقد اختلف في المشهود به ، لأن الخطأ غير العمد وحكمهما مختلف^(٢) .

وإن قالوا لا ندري بم قتله ، فقد سقطت الشهادة فيما يختص بالقصاص . وقال صاحب المبسوط إنه يجب بها الدية .

* * *

ولو شهدا على رجلين أنهما قتلا رجلاً .. أحدهما بسيف والآخر بعصا ولا يدريان أيهما صاحب العصا، لم تجز شهادتهما لأنهما لم يثبتا بشهادتهما سبباً يمكن القاضي من القضاء به^(٣) .

وهذا الرأي يشابه الرأي التي كانت تسير عليه محكمة النقض والإبرام المصرية ثم عدلت عنه في جريمة القتل العمد مع سبق الإصرار أو التردد إذا ثبت أن القتل لم يحدث إلا من طلقة واحدة فقط وكان المتهمون أكثر من شخص وأطلق كل منهم عياراً، فطلق العيار الذي سبب الوفاة هو الذي انحصرت فيه الأعمال المادية التي تنفذ بها الجريمة . وأما مطلق العيار الذي لم يصب فلم يرتكب الجريمة ولم يأت عملاً من الأعمال الداخلة في تكوينها وإذن فليس هذا الزميل سوى مجرد شريك، فلذا لم يثبت أن أحد المتهمين هو بعينه صاحب العيار الذي أحدث الوفاة فلا يمكن أن يصير أحد المتهمين

(١) انظر ص ١٠٤ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق ص ١٧١ .

فاعلا أصلياً — وإنما يكون كل منهما شريكاً^(١).

* * *

وإذا شهد شاهدان على رجل بقتل عمداً وقبلت شهادتهما ثم رجعا، فعليهما الدية في مالهما عند الحنفية ، وعند الشافعي عليهما القصاص .

فإذا شهد شاهدان على رجل بالقتل خطأ أحدهما بالروية والآخر على إقرار القاتل بذلك، فهذا باطل لأنهما اختلفا في المشهود به ، فإن أحدهما شهد بفعل والآخر بقول ، والقول غير الفعل ، وواحد منهما لا يثبت عند القاضي إلا باتفاق الشاهدين عليه^(٢).

ثالثاً — القسامة :

والقسامة^(٣) كانت في الجاهلية وأقرها الشرع ، ومصدرها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب؛ فقوله تعالى : « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً »
وكل الله تعالى بيان هذا السلطان للنبي صلى الله عليه وسلم فينبهه بالقسامة .
وأما السنة؛ فما في الصحيح أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قتل وطرح في هدير، فأتى يهود فقال : أنتم والله قتلتموه . قالوا : والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه فذكر ذلك ، ثم أقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن، فذهب محبيصة ليتكلم وهو الذي كان بخير، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كبر . كبر . يريد السن، فتكلم حويصة ثم تكلم محبيصة فقال الرسول : أما أن يدو صاحبكم وإما أن تأذنوا بحرب من الله، فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك، فكتبوا إنا والله ما قتلناه، فقال

(١) انظر ص ٢٦٤ شرح قانون العقوبات للدكتور السعيد مصطفى السعيد .

(٢) انظر ص ١٠٥ المبسوط جزء ٢٦ .

(٣) انظر للقسامة بتوسع في كتابنا : « نظرية الإثبات » الطبعة الثانية ص ٢٢٧ .

الرسول لحويصة ومحبيصة وعبد الرحمن أنحلّفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا : لا . فقال تحلف لكم يهود ، قالوا : ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده ، فبعث إليهم بمائة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار . « أى من بيت مال المسلمين » حيث لم يثبت لهم شيء^(١) .

والقسامة لغة ، بمعنى القسم وهو اليمين مطلقاً ، وشرعاً اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص وعدد مخصوص على شخص مخصوص .

وهناك كثير من الآثار تدل على ثبوت حكم القسامة^(٢) والدية في القتل الموجود في بلد على أهلها ، فالظاهر أن القتل كان عندهم وأن القتل من أحدهم فكانوا كالعاقلة ، فأوجب الشرع عليهم الدية صيانة لدم المقتول عن أن يضيع هباء . فأوجب القسامة عليهم رجاء أن يظهر القتال بهذا الطريق أو يظهره فيتخلص غير الجاني إذا ظهر الجاني ولهذا يستحلّفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

ولهذا يعمل أهل كل بلد على حفظ بلدهم من أن ترتكب فيها هذه الحوادث ولن ترتكب إلا بعلمهم .

(١) انظر ص ١٠٧ المبسوط جزء ٢٦ .

(٢) قالت طائفة من العلماء وهم سالم بن عبدالله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز أنه لا يجوز الحكم بها لما روى عن أيوب مولى أبي قلابة قال : كنت عند عمر بن عبد العزيز وعنده رؤساء الناس فخصم إليه في قتل وجد في محله وأبو قلابة جالس عند السرير أو خلف السرير فقال الناس قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقود في القسامة . وأبو بكر وعمر والخلفاء بعدهم ، فنظر إل أبي قلابة وهو ساكت وقال : ما تقول . قال عندك رؤساء الناس وأشراف العرب أرايت لو شهد رجلان من أهل دمشق على رجل من أهل حمص أنه سرق ولم يراه أكنت تقطعه فقالا لا . قال أرايت لو شهد أربعة من أهل حمص على رجل من أهل دمشق أنه زنى ولم يروه أكنت ترجمه فقال : لا فقال : والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم نفساً بغير نفس إلا رجلاً كفر بالله بعد إيمانه أو زناً بعد إحصائه . قال القود في القسامة من أمور الجاهلية أول من قضى بها معاوية فلها بالغ أبو قلابة في إنكار ذلك . انظر ص ١٠٩ وقد كتب عمر بن عبد العزيز في القسامة أنهم إن أقاموا شاعدي عدل أن فلاناً قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا انظر ص ٣٠٨ بداية المجتهد جزء ٢ .

وفى الواقع؛ أن مذهب الإسلام فى هذا مذهب سديد فلا يضيع دم إنسان هدرًا مطلقاً — فالتعويض إما على أهل البلد، فإن لم تؤد القسامة لهذا كان فى بيت مال المسلمين .

وتفاصيل القسامة والمذاهب فيها أوردناها فى بحث سابق لنا ولن شاء أن يرجع إليه .

أحكام القسامة :

١ — أن يحلف خمسون من أهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا، فإذا حلفوا يغرمون الدية ، وهذا عند الحنفية .

وعمدة قولهم هو أن الإيمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الأموال . وحديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لأنه رجل مجهول . وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا قود بالقسامة ولكن يستحق فيها الدية^(١) .

٢ — وعند مالك إن كان هناك عداوة ظاهرة بين القاتل وأهل المحلة يستحلف الأولياء خمسين يمينا، فإذا حلفوا يقتص من المدعى عليه . وعند الشافعى فى أحد قوله يقال للولى عين القاتل، فإن عين القاتل يقال للولى احلف خمسين يمينا، فإن حلف يقتل القاتل الذى عينه . وفى القول الآخر يغرمه الدية . وإلا يحلف أهل المحلة فإذا حلفوا لا شىء عليهم .

وعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن أبى ليلى عن سهل ابن أبى حشمة وفيه، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم، وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم^(٢) وقد اختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة، هل يقتل بها أكثر من واحد؟ فقال مالك لا تكون القسامة إلا على واحد ، وبه قال أحمد بن حنبل .

(١) انظر ص ٣٥٩ بداية المجتهد جزء ٢ .

(٢) المرجع السابق .

قال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الأولياء، وهو ضعيف
وقال المغيرة المخزومي : كل من أقسم عليه قتل .
وقال مالك والليث : إذا شهد اثنان عدلان أن إنساناً ضرب آخر وبقي
المضروب أياماً بعد الضرب ثم مات، أقسم أولياء المضروب أنه مات من ذلك
الضرب فيقاد به^(١).

٣ - إن لم يكمل العدد خمسين وكانوا تسعة وأربعين رجلاً يختار منهم
واحد ويكون عليه اليمين، وهذا لأن عدد اليمين في القسامة منصوب عليه
ولا يجوز الإخلال بالعدد المنصوص عليه . ويجوز تكرار اليمين من واحد كما
في كلمات اللعان .

٤ - لأولياء القتيل اختيار من يحلفونهم من أهل الحلة، لأن الرسول صلى
الله عليه وسلم قال لأخ القتيل: اختر منهم خمسين رجلاً، فدل أن الخيار هو حقه
يستوفى بطلبه وإليه تعيين من يستوفى منه حقه، وله أن يختار الشبان الصالحين
أو الفسقة .

ولو اختاروا في القسامة أعمى أو محدوداً في قذف كان ذلك لهم .
والفرق بين هذا وبين اللعان ، أن اللعان شهادة ، والمحدود في القذف
والأعمى ليس لها شهادة الأداء ، فأما هذه فيمين محضة .

٥ - إن وجد القتيل بين قريتين تقاس المسافة بين القريتين، ويحلف أهل
القرية التي تقرب من جثة القتيل .

لأن قتيلاً وجد بين قريتين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمر أن
يمسح بينهما فوجد إلى إحدى القريتين أقرب، فقصى عليهم بالقسامة والدية
وروى عن عمر رضي الله عنه مثله . وإن استوت المسافة فالمشول من يسمع
الصوت، لأنه إذا كان بحيث يبلغ الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم نصرته وقد
قصروا ، وإذا كان في موضع لا يسمع منه الصوت لا يلزمهم نصرته ، فلا

(١) انظر ص ٣٦١ بداية المجتهد جزء ٢ .

ينسب التقصير إليهم فلا يجعلون قاتلين تقدير^(١).

٦ - إن نكل أهل البلد عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا لأن الأيمان في القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم، ومن لزمه حق مقصود لا تجرى النيابة في إيفائه ، فإذا امتنع منه فإنه يحبس ليوفي^(٢).

فإذا كان المستحق نساء وصبياناً لم يقسموا . أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون سواء كانوا من الأولياء أو مدعى عليهم، لأن الأيمان حجة للحالف، والصبي لا يثبت بقبوله حجة ولو أقر على نفسه لم يقبل فلأن لا يقبل قوله في حق غيره أولى ، أما النساء فإذا كن من أهل القتل لم يستحلفن، وبهذا قال ربيعة والثوري والليث والأوزاعي، وقال مالك : لهن دخل في قسامة الخطأ دون العمد، قال ابن القاسم : ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعداً ، كما أنه لا يقبل إلا بشاهدين ، وقال الشافعي : يقسم كل وارث بالغ لأنها يمين في دعوى فتشعر في حق النساء كسائر الأيمان .

والخشي المشكل يحتمل أن يقسم، لأن سبب القسامة وجد في حقه وهو كونه مستحقاً للدم ولم يتحقق المانع من يمينه، ويحتمل أن لا قسامة عليه لأنه لا يعقل من العقل ولا يثبت القتل بشهادة. أشبه المرأة^(٣).

ولا قسامة إذا وجد القتل في الشارع الأعظم والسجن والجامع، لأن المقصود بها معنى تهمة القتل وهذا لا يتحقق في حق العامة والدية على بيت المال لأن الغرم بالغنم فالطريق ينقسم ابتداء إلى قسمين أحدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل لا يخرج. والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد أو أكثر ويكون له مدخل ويخرج .

ولا يدخل السكان أى المستأجرين والمستعمرين مع الملاك في القسامة

(١) انظر ص ١٢٢ جزء ٢ مثلاً خسرو .

(٢) انظر ص ١٠٦ المبسوط جزء ٢٦ وما بعدها .

(٣) انظر ص ٢٤ المفتي جزء ١٠ .

عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : هو عليهم جميعاً، لأن ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك: ألا يرى أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر. ولها أن المالك هو المختص بهذه البقعة لا السكان ، وأهل خيبر مقرون على أملاكهم^(١).

ولا تسمع الدعوى على غير معين، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة أو واحد غير معين أو جماعة منهم بغير أعيانهم- لم تسمع الدعوى، وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسمع ويستحلف خمسون منهم، لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر ولم يبينوا القاتل فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم دعواهم^(٢).

(١) انظر ص ١٢١ جزء ٢ من لا خسرو .

(٢) انظر ص ٤ جزء ١٠ المفتي .

الفصل السادس

جرائم التعزير

تكلمنا في هذا البحث عن الحدود (وهي الجرائم المحدد لها عقوبات محددة) ثم تكلمنا عن الجرائم التي يقتصر أو يودى فيها .
أما باقي الجرائم فأمرها متروك للقاضي يعاقب عليه بالعقوبة التي يراها كفضيلة بإصلاح حال المتهم وهي التعزير .
والتعزير موضوع ضخم كتبت فيه رسائل قديماً وحديثاً . وقد تعرضنا للكتابة فيه حين بحثنا العقوبة في الفقه الإسلامى .
ونبحثه هنا بشيء من الإيجاز من ناحية الجرائم المعاقب عليها بالتعزير .

جرائم التعزير :

يعاقب بالتعزير في نوعين من الجرائم :

١ - الجرائم المعاقب عليها بالحد أو بالقصاص إن تخلف ركن من أركانها . ففي السرقة يعزر من يسرق من غير حرز أو من يسرق دون النصاب أو يسرق الأشياء الرطبة أو سريعة الفساد أو من يخون الأمانة أو يجحد العارية . وفي الزنا يعاقب بالتعزير من يجامع دون الفرج . وفي القذف يعزر من يقذف بالسب والشتم دون الزنا وهكذا .

٢ - الجرائم التي لا حد فيها ولا قصاص وهي غالبية الجرائم .
وقد جمع ابن تيمية كل ذلك في قوله (١) .

(١) انظر ص ١١٩ ، ١٢٠ السياسة الشرعية لابن تيمية .

« وأما المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة . كالذي يقبل الصبي والمرأة الأجنبية ، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة أو يقذف الناس بغير الزنا ، أو يسرق من غير حرز . أو شيئاً يسيراً ، أو يخون أمانته ، كحولاة أموال بيت المال أو الوقوف ، ومال القيم ونحو ذلك ، إذا خانوا فيها ، وكالوكلاء والشركاء إذا خانوا ، أو يغش في معاملته ، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك ، أو يطفف الكيل والميزان ، أو يشهد بالزور أو يلغن شهادة الزور ، أو يرتشى في حكمه أو يحكم بغير ما أنزل الله . أو يعتدي على رعيته . أو يتعزى بعزاء الجاهلية أو يلبي داعي الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات — فهؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً ، بقدر ما يراه الوالي ، على حسب كثرة الذنب في الناس وقلته : فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة ، بخلاف ما إذا كان قليلاً وعلى حسب حال المذنب ، فإذا كان من الملمنين الفجور زيد في عقوبته . بخلاف المقل من ذلك ، وعلى حسب كبر الذنب وصغره ، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم ، ما لا يعاقبه من لم يتعرض إلا للمرأة واحدة أو صبي واحد » .

فالمشرع الإسلامي قد لاحظ أن الشرع نزل لكل زمان ومكان، وأن مصالح الناس وأحكامهم التي يسيرون عليها تتبدل وتتغير بتبدل الأزمان وتغيرها ، فكان لا بد أن يترك منفذاً لولاة الأمور رحمة بالناس .

فلو أن الشارع — وقد كان قادراً — حدد عقوبات لجميع الجرائم كما فعل في الحدود ، لوقع للناس حرج عظيم . ولكنه ترك جميع الجرائم بدون تحديد لعقوباتها، ولم يحدد إلا عقوبات الجرائم الخفيفة بالأمن العام حتى يحفظ للمجتمع مقوماته .

وقد رأينا — خلافاً للبعض — أنه ليس هناك تعزير إلا على المعاصي فقط . فإننا إن أجزنا للقاضي أن يعزر للمصلحة العامة لفسد الأمر واختلط ، إذ أن

المصلحة العامة للمسلمين مثلاً منصوص عليها في الكتاب أو السنة أو جرى بها إجماع أو مبنية على قياس ثبت .

وإن المشرع أو ولي الأمر هو الذي يحدد المعاصي - لا القاضي - وإلا أوجدنا مجالاً واسعاً تنتفض به شرعية الجريمة والعقوبة^(١).

أقسام التعزير :

(أ) تعزير هو حق الله تعالى ، وحق الله ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد، فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه .

وحقوق الله ثمانية^(٢):

- ١ - عبادات خالصة كالإيمان .
- ٢ - عقوبات خالصة كالحدود .
- ٣ - عقوبات قاصرة كالحرمان من الميراث .
- ٤ - عقوبات دائرة بين الأمرين كال كفارات .
- ٥ - عبادات فيها معنى المؤونة كصدقة الفطر .
- ٦ - مؤونة فيها معنى العبادة كالعشر .
- ٧ - مؤونة فيها شبهة العقوبة كالخراج .
- ٨ - حق قائم بنفسه كخمس الغنائم .

ويبين من ذلك أن منطقة حقوق الله منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين مع القانون العام ثم القانون الجنائي مع القانون المالى .

والتعزير في حقوق الله يكون في جنائية في حق الله ليس لها حد مقرر في الشرع ، ويجب إما بجنائية ليس في جنسها ما يوجب الحد، وإما بجنائية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه .

(١) انظر ص ١١٦ ، ١١٧ العقوبة في الفقه الإسلامى للمؤلف .

(٢) انظر ص ٧٠٥ - ٧١٣ الطلويح والتوضيح .

وعلى ذلك فالجنايات في حق الله في غير الحدود المقررة متروك تقديرها للقاضي من حيث تحديد الفعل ومن حيث تقدير العقوبة .

(ب) تعزير هو حق العبد، وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان . فحق العبد يدخل في منطقة القانون الخاص .

والتعزير في حقوق العبد هو كالتعزير في حقوق الله من حيث وجوبه في جناية ليس لها حد مقرر في الشرع ، لكن هذه الجناية التي يعزر فيها تكون جناية من حقوق العبد . ولذلك كان التعزير عليها عقوبة خاصة .

(ج) وهناك ما يجتمع فيه الحقان، وحق الله غالب كحد القذف ويلحق بحقوق الله وما يجتمع فيه الحقان ، وحق العبد غالب كالتقصاص ويلحق بحقوق العبد^(١).

أهمية التقسيم :

ما كان حق الله يملكه كل فرد وإن لم يكن محتسباً لأنه من باب إزالة المنكر باليد - والشارع ولي كل واحد .

ولا يقيم التعزير هنا غير الحاكم ، وله فيه العفو والشفاعة .

وما كان حق العبد يتوقف على الدعوى ولا يقيمه إلا الحاكم أو من في حكمه لأن صاحب الحق قد يسرف في حقه^(٢).

ولا يجوز في هذا النوع من التعزير العفو أو الشفاعة من ولي الأمر فهو حق خالص للعبد^(٣).

(١) انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السهري ص ٤٦ ، ٤٧ .

(٢) انظر ص ٧٤ الدرر الحكام لمثلا وخسرو جزء ٢ .

(٣) انظر ص ٢١٣ جزء ٤ فتح القدير :

« التعزير ينقسم إلى ما هو حق العبد وحق الله نحو العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر وأما ما يجب منه حقاً لله تعالى فيجب على الإمام ولا يحل له تركه إلا فيما علم أنه أنزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز اثباته بمدع شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر =

هل التعزير على مخالفة حق الله واجب على ولي الأمر ؟

- ١ - قال مالك وأبو حنيفة أنه واجب إذا رآه الإمام^(١).
- ٢ - قال الشافعي ليس بواجب لأن رجلاً جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إني لقيت امرأة فأصبت منها ما دون أن أطأها فقال : « أصليت معنا » قال : نعم . فتلا عليه « إن الحسنات يذهبن السيئات » . وقال في الأنصار : « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئتهم »^(٢) .
- وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في حكم حكم به للزبير « أن كان ابن عمك » ، فغضب النبي ولم يعزره على مقاتله .
- وقال له رجل إن هذه القسمة ما أريد بها وجه الله ، فلم يعزره .
- وقال بعض الحنابلة : إنه ما كان من التعزير منصوص عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه ، وما لم يكن منصوصاً عليه إذا رأى الإمام المصلحة فيه أو علم أنه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالحل^(٣).

= فإن قلت في فتاوى قاضيخان وغيره : إن كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزر فإن عاد وتكرر منه روى عن أبي حنيفة أنه يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله فإن حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير . قلت : يمكن أن يكون كله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضته لأنه إذا كان ذا مروءة فقد حصل تعزيره بالجر إلى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطاً لحق الله سبحانه في التعزير وقوله : ولا يعزر يعني بالضرب في أول مرة فإن عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محمله حق آدمي من الشتم وهو من يكون تعزيره بما ذكرنا .

وقد روى عن محمد في الرجل يشتم الناس إذا كان له مروءة وعظ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان سباً بضرب وحبس يعني الذي دون ذلك .
والمروءة عندي في الدين والصلاح .

(١) انظر ص ٧٧ مثلا خسرو جزء ٢ .

(٢) انظر ص ٣٧٠ جزء ٤ إلام الموقعين .

(٣) انظر ص ٣١٩ المغني جزء ١٠ ورأى مالك هو الأصوب لأن حجة الإمام الشافعي

رضي الله عنه غير مقنعة فكلمة « أصليت معنا » فيها نوع من التوبيخ وهو من أنواع التعزير =

ونلخص ما قيل من فروق بين أنواع التعزير في :

١ - يجوز في التعزير الذي هو حق العبد، العفو والإبراء والصلح ولا يجوز ذلك فيما كان حقاً لله .

٢ - التعزير الواجب حقاً للأفراد تتكرر فيه العقوبة بتكرر الجريمة وليس كذلك التعزير الواجب حقاً لله تعالى فيجوز فيه التداخل^(١).

٣ - التعزير الواجب حقاً للأفراد يجري فيه الإرث من جهة المحيي عليه فيطالبه الورثة ، وليس كذلك في التعزير الواجب على مخالفة حقوق الله .

٤ - والرأى الراجح أن الإمام هو الذي يتولى التعزير سواء كان لحق الله أو لحق العبد . لأنه لو ترك للعبد أن يستوفي حقه لأساء استعمال الحق .

* * *

ويجدر هنا أن نعلم أن التعزير يكون واجباً على المتهم بصرف النظر عما إذا كان حراً أو عبداً ، ذكراً أم أنثى ، مسلماً أم ذمياً أم كافراً ، بالغاً أم صبيّاً .

وكل ما يشترط في المتهم أن يكون عاقلاً - ولذلك فيعاقب الصبي الذي لا يجب في حقه الحد طالما كان مميزاً لأن التعزير تأديب، وهو وإن كان ليس من أهل العقوبة إلا أن تأديبه جائز^(٢).

= أما استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسبهم وتجاوزوا عن مسيئهم » ففهم استدلاله بقول الرسول عليه الصلاة والسلام « اقبلوا من محسبهم وتجاوزوا عن مسيئهم » ففهم بالطبع أن ذلك ليس في المعاصي التي يمزر فيها . أما بالنسبة لمن قال للرسول عليه الصلاة والسلام « أن كان بن عمك » أو « إن هذه لقسم ما أريد بها وجه الله » فلم يذره النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان مجنياً عليه في ذلك وأبى كرمه وعفوه أن يقتص لنفسه .

(١) انظر رأياً مخالفاً في كشف القناع على متن الإقناع جزء ٤ ص ٧٣ .

(٢) انظر ص ٦٤ بدائع الصنائع جزء ٧ .

مسئولية الإمام أو القاضى إن مات المتهم فى التعزير :

اختلف الفقهاء فى هذه الحالة . فلن مات المتهم فى أثناء تعزيره :

١ - يرى مالك وأبو حنيفة وأحمد أن دمه هدر ولا ضمان على الإمام أو من يمثله لأن الحد والتعزير واجب على الإمام لإقامتهما فهو مأمور بهما والواجب لا يجامع الضمان ولأن فعله مشروع فيكون منسوباً إلى الأمر فكأنه أماته حتف أنفه فلا يضمن^(١).

٢ - ويرى الشافعى أنه تجب الدية فى بيت مال المسلمين إذ أن الحد والتعزير للتأديب، فلماذا هلك المتهم كان خطأ الإمام وضمان خطئه فيما يقيمه من الأحكام فى بيت مال المسلمين لأن نفع عمله يعود إلى المسلمين فيكون الغرم فى ما لهم .

٣ - وروى عن أبى يوسف أن القاضى إذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان إذا كان يرى ذلك، لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة فإذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لأنه ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فينتصف .

كما أنه روى عن عمرو بن سعيد عن على كرم الله وجهه أنه قال: ما من رجل أهدم عليه حداً فمات فأجد فى نفسه أنه لا دية له إلا شارب الخمر فإنه لو مات وديته لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسنه^(٢).

(١) انظر ص ٣٤٩ المغنى جزء ١٠ .

وانظر ص ٢١١ الزيلعى جزء ٣ .

(٢) انظر ص ٢٨٩ المهذب جزء ٢ . وانظر المبسوط فى ص ٥٠ جزء ٩ فى مسئولية

الإمام إن مات المرجوم فى الزنا وثبت أن الرجم كان بناء على شهادة باطلة .

الإثبات في التعزير

يثبت الجرم المعاقب عليه بالتعزير :

- ١ - بإقرار المتهم على نفسه . ويكتفى في التعزير بالإقرار مرة واحدة لأنه مما لا يندري بالشبهات .
- ٢ - بالشهادة .

فيثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه حق آدمي كالديون، ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة وكتاب القاضى للقاضى . وقال أبو حنيفة لا يقبل في التعزير شهادة النساء مع الرجال لأنه عقوبة كالحد والقصاص^(١) .

نتيجة هامة :

لا يوجد ما يمنع شرعاً ولا عملاً من أن تقوم أى حكومة، أو يقوم أى مشرع وضعى بتحديد المعاصى التى توجب التعزير تحديداً كاملاً شاملاً ويضعه تحت يد القضاة .

وإن قانون العقوبات الوضعى الذى بين أيدينا بخلاف ما أورده بالنسبة للحدود؛ شرعى - وجبداً لو خطا المشرع خطوة جريئة تصحح الوضع بالنسبة لها ، إذن. لاستقام الأمر واستتب الأمن في البلاد .

(١) انظر ص ٧٧ حاشية الشرئبلالية على منلا غسرو .

خاتمة

رأينا في بحثنا ذلك الخلاف الواسع بين فقهاء كل مذهب بل بين فقهاء المذهب الواحد في المسألة الواحدة وفي فروعها .

وينب أن نعلم أن اختلافهم في الأحكام المستمدة من القرآن إنما يرجع إلى اختلافهم في وسائل فهمه، وطرقهم في ذلك الفهم، واختلافهم في الأحكام المستمدة من السنة ترجع إلى اختلافهم في فهمها، أو إلى عدم العلم بها، أو إلى عدم وثوق بعضهم بروايتها ، على حين وثق بعضهم الآخر بها .

فرأينا في جريمة السرقة ذلك الخلاف الواسع بين الفقهاء في المسائل الرئيسة في الجريمة . فوقع الخلاف في أركان الجريمة نفسها وليس فقط في فروعها . فاختلّفوا فيما إذا كان الحرز ركناً أم غير ركن، واختلفوا في النصاب وقدره . واختلفوا في كل حكم من الأحكام تقريباً . مما يتيح الفرصة لأي مشروع وضعي أن يضع ما يشاء من المواد طالما هي على رأى من هذه الآراء الفقهية .

فإذا تركنا السرقة إلى جريمة الزنا . وجدنا كيف يستلزم الشرع والفقه شروطاً وأركاناً رئيسة يتعذر ، بل يستحيل تحقيقها رحمة بالعباد وسراً للأعراض . فإذا تحققت يستلزم شروطاً أخرى لإثبات الجريمة، فإذا قارب الشهود على إثباتها رأينا ذلك الموقف الذي وقفه الخليفة العظيم الغيور عمر ابن الخطاب لكي يدرأ الحد المهلك عن المغيرة بن شعبة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وهكذا في جريمة القذف وشرب الخمر والقتل والضرب والجرح .

ثم راعى المشرع التخفيف عن الناس فترك غير ذلك من الجرائم لحكمة
القاضي ليجازى كل مسيء بقدر إساءته، وعلى حسب عراقتة في الإجرام
أو بداءته فيه . . وهو مبدأ التعزير .

فإذا دققنا النظر في الأحكام المستنبطة، وفروعها، والخلاف فيها في كل
جريمة من جرائم الحدود أو القصاص على ما ذكرنا، وجدنا آراء مختلفة كل
منها قصد من قال به وجه الله تعالى غير مغرض .

وعلينا أن لا نقف موقفاً سلبياً من تلك الآراء، فقد وجدنا فيها من الدسامة
ما ينير لنا سواء السبيل . وعلينا أن نقوم من الآن بتقنين جنائى إسلامى نستفيد
فيه من تلك الخلافات المذهبية، فنختار ما يتمشى ومصلحة الناس في هذه الأيام
طالما تدور في فلك كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .

« والحمد لله أولاً وآخراً »

أهم مراجع الكتاب

أولا - كتب الفقه الإسلامي

الفقه الحنفي :

- ١- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفى عام ٥٨٧ هـ طبعة ١٣٢٨ هـ مطبعة الجاهلية .
- ٢- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق : لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي المتوفى عام ٧٤٣ هـ وبهامشه حاشية شهاب الدين أحمد الشلبى طبعة ١٣١٣ هـ .
- ٣- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - وهو معروف بحاشية ابن عابدين .
- ٤- فتح القدير ، لكامل الدين بن المهام المتوفى عام ٦٨١ هـ وبهامشه شرح العناية على الهداية لأكل الدين البارقي المتوفى عام ٧٨٦ هـ وحاشية سعدى جلبى المتوفى عام ٩٤٥ هـ على شرح النهاية .
- ٥- المبسوط لشمس الدين السرخسى طبعة مطبعة السعادة .
- ٦- الخراج للقاضي أبي يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة .
- ٧- أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى عام ٣٧٠ هـ .
- ٨- الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمحمد بن فراموز الشير بمثلا خسرو المتوفى سنة ٨٨٥ هـ وبهامشه حاشية العلامة أبي الخلاص حسن بن عماد ابن علي الوفائي الشرنبلالي المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .

الفقه الشافعي :

- ١- الأم للشافعي وبهامشه كتاب اختلاف الحديث برواية الربيع طبعة المطبعة الأميرية سنة ١٣٢٥ هـ .
- ٢- المذهب لأبي اسحق إبراهيم الشيرازي المتوفى سنة ٤٧٦ هـ طبعة سنة ١٣٣٣ هـ .
- ٣- الأحكام السلطانية للقاضي أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ طبعة المطبعة المحمودية التجارية بمصر .
- ٤- حاشية البيهقوري على شرح ابن قاسم الفزري طبعة سنة ١٣٠٣ هـ المطبعة الشرفية .

الفقه المالكي :

- ١- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد أحمد بن محمد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ طبعة ١٣٢٩ هـ بالمطبعة الجاهلية .

- ٢ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير طبعة المطبعة الخيرية سنة ١٣٢٤ هـ .
- ٣ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لمحمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ وبهامشه التاج والأكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ مطبعة السعادة سنة ١٩٢٨ .
- ٤ - المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون طبعة سنة ١٣٢٣ مطبعة السعادة .
- ٥ - الذخيرة ، للعلامة الإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عداقة البهنسي المصري المعروف بالقراقي المتوفى سنة ٦٨٤ هـ مخطوط بدار الكتب .

الفقه الحنبلي :

- ١ - السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية ، لابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨ هـ طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٩٥١ .
- ٢ - الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى محمد بن حسين الفراء المتوفى سنة ٤٥٨ هـ طبعة سنة ١٣٥٦ هـ بمطبعة الحلبي .
- ٣ - إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
- ٤ - الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية طبعة الآداب سنة ١٣١٨ هـ .
- ٥ - فتاوى ابن تيمية طبعة سنة ١٣٢٩ هـ .
- ٦ - المنى ، لابن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠ هـ طبعة سنة ١٣٦٧ هـ .

الفقه الشيعي :

- ١ - البحر الزخار ، للإمام أحمد بن يحيى المرقطي المتوفى سنة ٨٤٠ هـ .
- ٢ - المختصر النافع ، في فقه الإمامية للحل المتوفى سنة ٦٧٦ هـ طبعة وزارة الأوقاف .

الفقه الظاهري :

- ١ - الحل ، لأبي محمد الحلبي بن حزم المتوفى عام ٥٦٠ هـ طبعة سنة ١٣٥٢ هـ .

ثانياً - كتب أخرى

- ١ - مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السجوري طبعة سنة ١٩٥٤ .
- ٢ - المقربة في الفقه الإسلامي للمؤلف طبعة دار الكتاب العربي سنة ١٩٥٨ .
- ٣ - تاريخ الفقه الإسلامي للدكتور محمد يوسف موسى طبعة سنة ١٩٥٤ .
- ٤ - تاريخ الفقه الإسلامي عصر نشأة المذاهب طبعة سنة ١٩٥٥ .

- ٥ - شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للدكتور محمد كامل مرسى والدكتور السعيد مصطفى السعيد . الجزء الأول . طبعة سنة ١٩٤٦ م .
- ٦ - جامع الأصول لأبن الأثير الجزرى وملخصه تيسير الوصول .
- ٧ - التشريع الجنائى الإسلامى للأستاذ عبد القادر هودة .
- ٨ - التعزير للدكتور عبد العزيز عامر .
- ٩ - الموسوعة الجنائية لجندى عبد الملك .
- ١٠ - الإجراءات الجنائية للأستاذ على زكى العرابى .
- ١١ - أصول تحقيق الجنايات للدكتور محمد مصطفى القلى .
- ١٢ - القانون الجنائى للأستاذ على بدوى .
- ١٣ - كتاب المقارنات والمقايلات بين أحكام المرافعات والمعاملات والحدود فى شرع اليهود ونظائرها فى الشريعة الإسلامية الفراء ومن القانون المصرى والقوانين الوضعية الأخرى مطبعة هندية سنة ١٩٠١ م للقاضى محمد صبرى .
- ١٤ - التاج الجامع للأصول فى أحاديث الرسول للشيخ منصور على ناصف الطبعة الثانية .
- ١٥ - تهذيب التهذيب لابن حجر طبعة الهند .
- ١٦ - تذكرة الحفاظ الذهبى المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .
- ٢٢ - شذرات الذهب للمؤرخ عبد الحى بن العماد الحنبلى المتوفى سنة ١٠٨٩ هـ .
- ١٨ - طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي المتوفى سنة ٧٨١ هـ .
- ٢٤ - وفيات الأعيان وأبناء الزمان لابن خلكان المتوفى عام ٦٨١ هـ .
- ٢٠ - تاريخ التشريع الإسلامى طبعة بعض السادة المدرسين بكلية الشريعة .

فهرس

صفحة	
٣	إهداء الكتاب
٥	مقدمة
١٣	خطة البحث

الفصل الأول

جريمة السرقة

١٥	في الفقه الغربي
١٥	في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان جريمة السرقة

١٦	الركن الأول - الاختلاس
٢٠	الأخذ من حرز
٢٣	الاتفاق والاختلاف في معنى الحرز
٣٥	الركن الثاني - شيئاً منقولاً
٣٦	اختلاف الفقهاء في بعض الأمور التي يقطع فيها
٣٦	الأشياء الرطبة المأكولة أو المبرمة الفساد
٣٨	الأشياء مباحة الأصل
٣٩	الأشياء المحرمة في الإسلام
٤٠	سرقة الطفل والعبد
٤١	سرقة الكتب وقناديل المساجد وأبوابها
٤٣	شرط النصاب
٤٧	الركن الثالث - مملوك للغير
٤٨	مسائل لا يعاقب فيها بالقطع
٥٢	معنى الغير
٥٣	السرقة بين الأختارب

22

٥٤	السرقة بين الأزواج
٥٥	السرقة بين الأصول وفروعهم
٥٦	السرقة بين المحارم
٥٨	السراقات التي تحدث من الخدم
٥٩	الكنز المدفون
٦٠	الأشياء الضائعة أو المفقودة
٦٤	الركن الرابع - القصد الجنائي
٦٧	الجهل بالقانون

المبحث الثاني

الشروع في السرقة والسرقة التامة

السرقة في السرقة ٦٩

المبحث الثالث الجريمة التامة وعقوبتها

تشديد العقوبة في الفقه العربي ٧٥

المبحث الرابع الإثبات في السرقة

٧٥	الإقرار
٧٦	الشهادة
٨٠	الحسابة
٨١	مناسبة نزول النص
٨٢	ما هي جريمة الخراية ومن هم المحاربون
٨٥	شروط لازمة لتوافر أركان الجريمة
٨٥	شروط ترجع للتهم
٨٥	شروط ترجع للمجنى عليه
٨٦	شروط ترجع للفعل
٩٠	المعقوبة وسقوطها

الفصل الثاني

جريمة الزنا

٩٧	في الفقه الحديث
١٠٠	في الفقه الإسلامي
١٠١	تعريف الزنا

المبحث الأول

أركان جريمة الزنا

١٠٢	الركن الأول - الفعل المادى
١٠٢	الوطء
١٠٥	اللواط
١٠٦	الخنثى
١٠٧	المساحقة
١٠٧	وطء البهيمة
١٠٨	وطء الميتة
١٠٩	وطء النائمة
١٠٩	الركن الثانى - الزانى والزانية
١٠٩	الشروط الواجب توافرها لتوقيع العقاب
١٠٩	الحرية
١١٠	العقل
١١٠	البلوغ
١١٢	الإسلام
١١٣	زنا الحربى المستأمن
١١٤	وجود الأهلية والغال فى الزانى والزانية حال الوطء
١١٦	الإحصان
١١٨	الجانى مختار
١١٩	الزنا فى حالة السكر
١١٩	المرأة المستأجرة
١١٩	رأى أبى حنيفة

صفحة

١٢٠	رد ابن حزم على أبي حنيفة
١٢٠	الزنا الذي لا حد فيه
١٢١	الركن الثالث - القصد الجنائي
١٢١	الخطأ في القانون
١٢٢	الخطأ في الشخص

المبحث الثاني أدلة الإثبات في الزنا

١٢٣	في الفقه الغربي
١٢٤	في الفقه الإسلامي
١٢٤	الإثبات بالشهادة
١٢٥	الشهود أربعة عدول
١٢٧	أن يكونوا رجالا كلهم
١٢٨	الحرية
١٢٨	العدالة
١٢٩	الإسلام
١٢٩	الشهادة صريحة بوصف الزنا
١٢٩	الشهادة من الأربع في مجلس واحد
١٢٩	معاينة فرجه في فرجها
١٣١	الشهادة صريحة على الفعل نفسه
١٣٢	اتحاد المكان والزمان
١٣٤	التقادم
١٣٦	الإثبات بالإقرار
١٤٠	الإقرار المغيب
١٤١	الرجوع في الإقرار
١٤٢	حمل المرأة بدون زواج

المبحث الثالث فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

١٤٢	في الفقه الغربي
١٤٢	في الفقه الإسلامي

١٤٣ حادث المغيرة بن شعبة
١٤٦ نتائج هامة

الفصل الثالث

جريمة القذف

١٤٧ في الفقه الغربي
١٤٨ في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان جريمة القذف

١٤٩	الفعل الماضى
١٤٩	وسائل التعبير فى القذف
١٥٠	القذف بالمباراة
١٥١	القذف غير العلنى
١٥١	القذف بالرسالة
١٥٢	القذف بالإشارة
١٥٢	القذف بالكتابة
١٥٣	القذف الملحق على شرط أو المضاف لأجل
١٥٣	التعريض بالقذف
١٥٥	القاذف والمقذوف
١٥٥	لا يشترط فى القاذف
١٥٨	شروط يلزم توافرها فى المقذوف
١٥٨	شروط لإحصان المقذوف
١٦٣	المقذوف معلوم وإن لم يكن على قيد الحياة
١٦٣	حياة المقذوف
١٦٥	قذف الجماعة
١٦٦	اللعان
١٦٩	شروط اللعان
١٧٠	آثار اللعان
١٧١	القصد الجنائى

صفحة

١٧١	في الفقه الغربي
١٧٢	في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني

الإثبات في القذف

١٧٣	الإثبات بالبينة
١٧٦	شهادة المخلود في القذف
١٧٧	الإثبات بالإقرار
١٧٨	تقدم الجريمة

المبحث الثالث

فروق جوهرية بين التشريعين الوضعي والإسلامي

١٧٩	فروق
١٧٩	ملاحظات

الفصل الرابع

جريمة شرب الخمر

١٨١	في الفقه الحديث
١٨١	في الفقه الإسلامي

المبحث الأول

أركان الجريمة

١٨٢	الركن الأول : الركن المادي
١٨٣	جريمة شرب الخمر
١٨٦	هل الخمر نجسة
١٨٧	جريمة السكر من غير الخمر
١٨٧	فصل التفرقة بين الشرب والسكر
١٨٨	خلاصة القول في الخمر
١٨٩	الركن الثاني : شروط في شارب الخمر
١٩٠	الركن الثالث : القصد الجنائي

المبحث الثاني

الإثبات في جريمة شرب الخمر

١٩١ شهادة الشهود ١٩١

١٩٢ الاقرار ١٩٢

الفصل الخامس
القتل والضرب والجرح

المبحث الأول
جرمة القتل

١٩٦ في الفقه الغرقي
١٩٧ في النفقة الإسلامي
١٩٧ انقتل العمد
١٩٧ الركن الأول : وجود إنسان على قيد الحياة أزهقت روحه
١٩٨ قتل العبد عمداً
١٩٩ قتل الكافر
٢٠١ قتل الجماعة بالواحد
٢٠٢ قتل الرجل بالمرأة
٢٠٣ الركن الثاني : وقوع فعل عمدى من الجنائي من شأنه إحداث الموت
٢٠٣ الفعل العمدي
٢٠٨ رابطة السببية
٢٠٩ هل ترتكب جريمة القتل العمد بطريق سلبى
٢٠٩ الفقه الحديث
٢١٠ الفقه الإسلامى
٢١١ قتل المرأة لجنيها
٢١٢ فى الفقه الإسلامى
٢١٢ الركن الثالث : القصد الجنائى
٢١٤ القتل العمد مع سبق الإصرار والترصد
٢١٤ فى الفقه الوضعى

٢٣٨ القسامة

٢٤٠ أحكام القسامة

الفصل السادس

جرائم التعزير

٢٤٥	...	جرائم التعزير
٢٤٦	...	كلمة ابن تيمية
٢٤٧	...	أقسام التعزير
٢٤٨	...	أهمية التقسيم
٢٤٩	...	هل التعزير على مخالفة حق الله واجب هل ولى الأمر ؟
٢٥١	...	مسئولية الإمام أو القاضي إن مات المتهم فى التعزير
٢٥٢	...	الإثبات فى التعزير
٢٥٢	...	لتقيجة هامة
٢٥٣	...	خاتمة البحث
٢٥٥	...	أهم مراجع الكتاب

رقم الايداع ٨٨ ٧٣٠٨
التزليم الدوف x - ٢٧٠ - ١٤٨ - ٩٧٧

مطابع الشروق

الناشر: ١٦٠ شارع سواد حسي - هاتف ٣٣٣٤٨١٤، ٣٣٣٤٥٧٨ مراكش - جريدة الشروق - طبع في
مراكش - عدد ١٤ - هاتف ٣٣٤٤٥٩ ٥١٧٢١٥ ٥١٧٢١٢ - مراكش - طبع في مراكش - طبع في مراكش - طبع في مراكش

